جامعة الفيوم
كلية دار العلوم
قسم الشريعة الإسلامية



الإفادة من القواعد الأصولية والفقهية في قوانين الأحوال الشخصية والإجراءات الجزائية والجرائم والعقوبات في اليمن

(دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي)

رسالة دكتوراه مقدمة من الباحث

حمود محمد مطهر العزاني

للحصول على

درجة الدكتوراه في

الشريعة الإسلامية

قسم الشريعة الإسلامية

كلية دار العلوم

جامعة الفيوم

٢٠٠٩م

الإفادة من القواعد الأصولية والفقهية في قوانين الأحوال الشخصية والإجراءات الجزائية والجرائم والعقوبات في اليمن (دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي)

رسالة دكتوراه مقدمة من الباحث

حمود محمد مطهر العزاني

الحاصل على ليسانس آداب (دراسات إسلامية) في كلية الآداب قسم الدراسات الإسلامية جامعة صنعاء بتقدير عام جيد جدًا (مع المرتبة الأولى) ١٩٩٥م

تمهيدي ماجستير في كلية الدراسات العربية والإسلامية جامعة القاهرة فرع الفيوم (كلية دار العلوم جامعة الفيوم حاليا) قسم الشريعة الإسلامية ٢٠٠٠م

ماجستير في العلوم الإسلامية في كلية دار العلوم جامعة القاهرة فرع الفيوم (جامعة الفيوم حاليًا) قسم الشريعة الإسلامية بتقدير ممتاز ٢٠٠٣م

لجنة الإشراف العلمي:

١- أ.د/ عبد الله أبو السعود بدر

....

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الآداب جامعة الفيوم، وعميدها السابق

(مشرفًا رئيسًا)

٢- د/ وجيه عبد القادر الشيمي

....

أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد بكلية دار العلوم جامعة الفيوم

(مشرفًا مشاركًا)

قسم الشريعة الإسلامية

كلية دار العلوم

جامعة الفيوم

٢٠٠٩

الإفادة من القواعد الأصولية والفقهية في قوانين الأحوال الشخصية والإجراءات الجزائية والجرائم والعقوبات في اليمن (دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي)

رسالة دكتوراه مقدمة من الباحث

حمود محمد مطهر العزاني

للحصول على

درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية

وقد تمت مناقشة الرسالة والموافقة عليها

لجنـــــــة المناقشة والحكم:

أ.د/ أحمد يوسف سليمان.

....

أستاذ الشريعة الإسلامية المتفرغ بكلية دار العلوم جامعة القاهرة.

(مناقشًا ورئيسًا)

أ.د/ عبد الله أبو السعود بدر.

....

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الآداب جامعة الفيوم، وعميدها السابق.

(مشرفا رئيسًا)

د/ يوسف عبد الرحمن الفرت.

....

أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد المتفرغ بكلية دار العلوم جامعة الفيوم

(مناقشًا)

د/ وجيه عبد القادر الشيمي

....

أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد بكلية دار العلوم جامعة الفيوم.

(مشرفا مشاركًا)

تحريرًا في / /٢٠٠٩م

شكر وعرفان

أتوجه بجزيل شكري وخالص عرفاني إلى أستاذي الجليل الأستاذ الدكتور/ عبد الله أبو السعود بدر، عميد كلية الآداب جامعة الفيوم السابق، الذي سهرَ على تصويب أخطائي، وتنظيم أفكاري المبعثرة، فقد رعى هذا البحث وصاحبه رعايةً صادقةً منذ أن كان البحث غضًّا حتى استوى على سوقه، فقد وسعني صدرُه ومنزله دون إملال أو سأم، فلم يبخل عليَّ بعلمٍ أو وقتٍ، فضنيلةٌ هي كلماتُ الشكر في حقه، فأسألُ اللهَ العظيمَ أن يُديمَ نفعه لكل الباحثين، وأن يجزيه كلَّ الخير على ما قدم، وأن يبارك لنا في عِلمه و عُمُره.

كما أتوجه بخالص الشكر والعرفان إلى الأستاذ الدكتور/ وجيه عبد القادر الشيمي لرعايته الدءوب لهذا البحث، فقد أبدى توجيهات قيّمة لولاها ما خرج البحث بصورته هذه، فجزاه الله تعالى خير الجزاء، ونفع به وباركَ في علمه وعمله، وجعله هاديًا لكل باحث.

كما أتوجه بعظيم الشكر والامتنان إلى الأستاذين الجليلين: الأستاذ الدكتور/ أحمد يوسف سليمان، أستاذ الشريعة الإسلامية المتفرغ بكلية دار العلوم جامعة القاهرة؛ لتفضله بقبول مناقشة هذا البحث؛ كي يخرج للناس في أبهى حلة، فجزاه الله خير الجزاء، ونفع بعلمه.

وأستاذي الأستاذ الدكتور/ يوسف عبد الرحمن الفرت، أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد المتفرغ بالكلية؛ لتفضله أيضا بقبول مناقشة هذا البحث؛ كي يخرج للناس في أبهى حلة، فمنذ عرفته وتعلمت منه أساسيات البحث العلمي لم أجده إلا ناصحًا أمينا، ومرشدًا مبينًا، فجزاه الله عني وعن طلاب العلم خير الجزاء. واللذين شرّفا هذه الرسالة بالمناقشة وشرّفا صاحبها بالتوجيه والإرشاد واللذين ستكون إرشاداتهما إكليلا يزين هذا البحث، فبارك اللهم لنا في علمهما وأمد في عمرهما بالعمل الصالح والعلم النافع.

وأخيرا... جزى الله كلَّ من أعانني على إتمام هذا العمل خيرَ الجزاء.

الباحث

إهـــــــــداء

أهدي هذا العمل إلى من بهم ومعهم حياتي:

إلى روح والدي وإلى روح والدتي رحمهما ربي كما ربياني صغيرا

كم تعبا بي ومعي، وبذلا من التضحيات والجهد ما لا يُحصى

إلى زوجتي العزيزة، كم عانت معي لإتمام هذا العمل

إلى أخي العزيز حسين، كم ضحى من أجلي، وقدمني على نفسه

وإلى ابن عمي/ أحمد، وإلى زوجته شقيقتي يسر الله لهم كل خير

حمود

السيرة الذاتية للباحث

الاســــــــم: حمود محمد مطهر العزاني

تــاريخ المــيلاد: ١٩٧٣/١/١

الجنــــسية: يمني.

الديانــــة: مسلم.

الحالة الاجتماعية: متزوج ويعول.

العنـــوان: الجمهورية اليمنية، البيضاء، رداع.

هـــاتف: منزل: ٠٠٩٦٧٦٥٥٢٤٨٩/ ٠٠٩٦٧٦٥٥٤٧٦٥.

المـــؤهلات الدراســـية:

١- ليسانس دراسات إسلامية في كليـة الآداب جامعة صنعاء بتقدير عام جيد جـدا (مـع المرتبة الأولى) ١٩٩٥م.

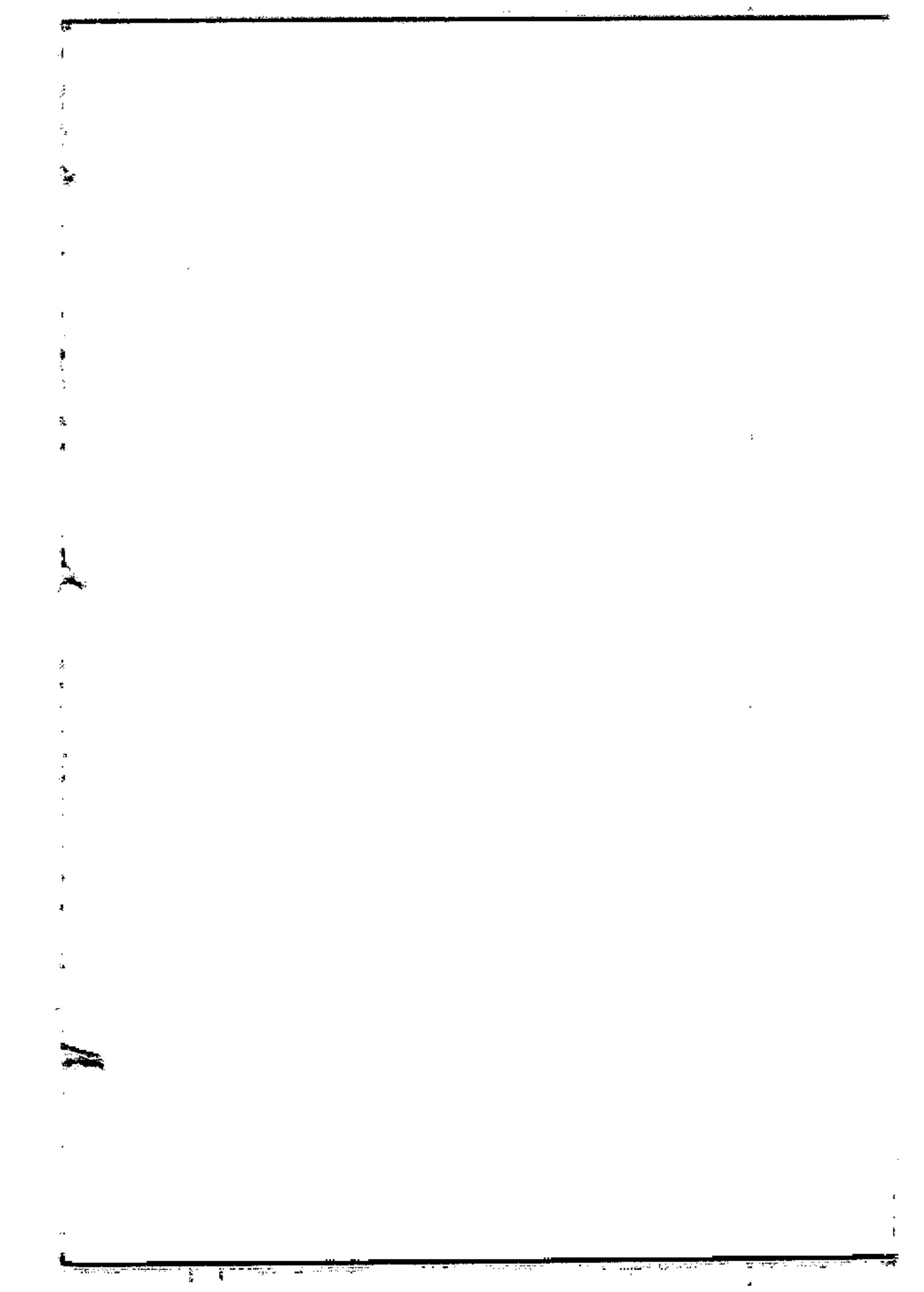
٢- تمهيدي ماجستير في قسم الشريعة الإسلامية كلية الدراسات العربية والإسلامية جامعـة القاهرة فرع الفيوم (دار العلوم جامعة الفيوم حاليا) ٢٠٠٠م.

٣- ماجستير في العلوم الإسلامية في كليـة دار العلوم جامعة القاهرة فرع الفيوم (جامعـة الفيوم حاليا) قسم الشريعة الإسلامية بتقدير عام ممتاز، ٢٠٠٣م.

التدرج الـوظيفي:

١- عضو معاون بقسم الدراسات الإسلامية في جامعة ذمار بالجمهورية اليمنية.

فهرس المحتويات



المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على نبيّه الكريم الهادي إلى الحق وإلى صراط مستقيم.

وبعد،،

فلعلّ أعظم ثروة علميّة تناقلتها الشفاه، وتوارثتها الأجيال، وسجّلتها الأقلام في الإسلام، هي الثروة الفقهيّة؛ لأنها تشكّل منهاجًا يهيمن على أفعال المكلّفين، ويبيّن ما يتحتّم عليهم من دقيق وجليل، ويقرّر لهم طرائق السلوك في العبادات والمعاملات.

والقواعد الأصولية والفقهية هي جزءٌ من التراث الفقهيّ في الإسلام، لها أهميتها في تقرير قواعد استنباط الأحكام، وتفسير النّصوص، وقد كانت تلك القواعد موضوعَ دراستي في هذا البحث، حيث خصّصته لبيان أهميّة تلك القواعد في الدراسات القانونيّة، وها أنذا أقدّمه بعنوان: "الإفادة من القواعد الأصوليّة والفقهيّة في قوانين الأحوال الشخصيّة والإجراءات الجزائيّة والجرائم والعقوبات في اليمن، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلاميّ"، وهذه الدراسة تستلزم البحث في أهمّ القواعد في الشريعة الإسلاميّة، ابتداءً بعرضها، ومرورًا بشرحها، ومقارنتها بما أورده القانون اليمني منها، ثم تطبيق تلك القواعد في قوانين: الأحوال الشخصيّة، والإجراءات الجزائيّة، والجرائم والعقوبات في اليمن، وانتهاءً ببعض أوجه الإفادة المُستَخلَصَة منها في هذه القوانين، راجيًا بذلك الإسهام في خدمة الفقه الإسلاميّ الذي يحتاج منّا اليومَ إلى نهضة تجلو عنه غُبارَ التهم بعدم الصلاحية لكلّ زمان ومكان، ومحاولاً لفت الأنظار إلى أهميّة إعمال القواعد الأصوليّة والفقهيّة في إيجاد الحلول المناسبة لكلّ ما قد يطرأ على الإنسان والمجتمع من مشاكلَ في الحياة، فالفقه الإسلامي يتضمّن أحكامًا شرعيّة مؤصّلة يلتزمها المسلمون، ويقوم الفقيه باستقراء الأدلّة الشرعيّة التفصيليّة ليستنبط منها الأحكام الشرعيّة العمليّة، ولابدّ أن تكون أولى أدوات الفقيه (الملكة الفقهيّة) المؤهّلة للاستنباط أولاً، والموازنة ثانيًا، والترجيح ثالثًا؛ لذا لابُدّ من وجود "قواعدَ" تُؤلّفُ بين مبادئ الإسلام، وهذه المبادئ تتكوّن لتحقّق ما

يُسمَّى: "بمقاصد الشريعة"، وهذه المقاصد هي التي تنتهي إلى تحقيق حكمة الله سبحانه من مشروعية الأحكام من ناحية، وإلى تحقيق مصلحة الإنسان من ناحية أخرى.

أهمية موضوع البحث وسبب اختياره

لقد وقع اختياري على هذا الموضوع؛ لأنَّ غاية ما كنتُ أتوخَّى أن أنتقي موضوعًا جديرًا بالبحث وحريًّا بالدراسة، وهذا الموضوع هو كذلك، فهو موضوع جدير بالبحث؛ لأنَّه يتضمن كثيرًا من القواعد التي تتمتع بسعة ومرونة، ممَّا يجعلها تستجيب لحل كثير من المسائل المعضلة والحوادث المتجددة.

وبالإضافة إلى جدارة الموضوع، فقد كانت هناك دوافع لاختياري دراسة القواعد الأصولية والفقهية في قوانين: الأحوال الشخصيَّة، والإجراءات الجزائيَّة، والجرائم والعقوبات في اليمن، ومن أهم تلك الدوافع ما يلي:ـ

أولاً: لأنه لم يصل إلى حدِّ علمي وجود أبحاث مستقلة تتناول القواعد الأصولية والفقهية في القانون، وإن وُجِدت بعض الأبحاث التي كُتِبت في هذا الصدد فهي قاصرة في موضوعها؛ لتناولها بعض الجزئيات، ولعدم تحقيقها لكيفية الإفادة من القواعد الأصولية والفقهية في القوانين، وسيتضح ذلك من خلال عرض بعض الدراسات السابقة، كما أنه لم يصل إلى حدِّ علمي أن أحدًا تناول القواعد الأصولية والفقهية في القانون اليمني على وجه الخصوص، عدا دراسة واحدة فقط جاءت في دراسة قاعدة فقهية واحدة، وهي قاعدة: "**البيِّنة على المدعي**"، ومع ذلك فلم تستطع تلك الدراسة – كما سيأتي – التوصل إلى كيفية استثمارها في القانون.

ثانيًا: أردت أن تكون الدراسة القانونية متعلِّقة بجانبين: أحدهما: مدني، وهو المتعلق بالأحوال الشخصيَّة، والثاني: جنائي، وهو المتعلق بالجرائم والعقوبات والإجراءات الجزائيَّة؛ فدراسة القواعد الأصولية والفقهية في جانبيها: المدني والجزائي، يعطي صورة واضحة لكيفية الإفادة من القواعد الأصولية والفقهية في الناحيتين: المدنية والجنائيَّة.

ثالثًا: أن هذا الموضوع ترجع أهميته إلى كونه يوضح كيفية الإفـادة مـن القواعـد الأصولية والفقهية في القوانين من الناحية التشريعيَّة، والناحية القضائية، وبيان مـدى استفادة المشرع اليمني من تلك القواعد في قوانين: الأحوال الشخصيَّة، والإجـراءات الجزائيَّة، والجرائم والعقوبات.

رابعًا: حاجة القضاء في بلادنا إلى إصلاح، بتطويره، وتنظيمه، والإسراع في البـت في القضايا، والحاجة الشديدة لفهم القاضي للقواعد الأصولية والفقهية، بحسبانها مـن أهم وسائل هذا الإصلاح؛ ليبلغ القضاء غايته ويحقق أهدافه، بتطبيق أحكام القـانون، لتحقيق العدل والمساواة، ولحماية حقوق الأفراد، فللقضاء علاقة قوية بكل فـرد فـي الأمة، فالذي ندعو إليه هو فهم القواعد الأصولية والفقهية، وبيان أهميتها في التقنـين والقضاء، فنحن إذًا ندعو لتطبيق الشريعة ذاتها، ولكن بأسلوب نرجو أن يكون أكثـر فهمًا، ذلك أن مهمة القاضي هي تطبيق الأحكام على المشاكل والوقائع المعروضـة عليه عند التنازع.

خامسًا: لأن موضوع البحث وإن كان يبدو قانونيًا إلاّ أنه – قبل ذلـك – موضـوع أصولي فقهي يتناول قضية مهمة للغاية، هي تفعيل القواعد الأصولية والفقهيـة فـي تقنين التشريعات من الناحيتين: الشرعيَّة، والتطبيقية؛ فعلم القواعد يعتبر فنًا شـرعيًا معتبرًا، له أهميته ومكانته على صعيد الدراسة المعرفية والمتخصصة، ولـه فوائـده وآثاره على مستوى الواقع الإنساني ومشكلاته وأحواله ومستجداته، فطبيعة عـصرنا الحاضر وما بلغه من ظواهر وحوادث هي في حاجة ماسة إلى معالجتها في ضـوء القواعد الأصولية والفقهية، لإبراز حيوية الشريعة وصـلاحها وشـمولها وخلودهـا وحاكميتها على الحياة والوجود؛ ولهذا فالقواعد الأصولية والفقهيـة مجـال خـصب لتجديد الفقه وأصوله.

سادسًا: أن القواعد تضبط طرائق استنباط الأحكام، سواء عن طريق البيان والتفسير للنصوص الشرعيَّة، أم عن طريق ملء الفراغ فيما لا نصَّ فيـه، بالاستـصحاب أو الاستصلاح أو غير ذلك، وهذا بفضل قواعد الفقه وأصوله التي اهتدى إليها العلمـاء منذ عهد مبكر، يضاف إلى ذلك قدرة الفقه الإسلامي على النمـاء والتجـدد؛ وذلـك

لخصوبته ومرونته في معالجة كلّ طارئ وحل كلّ مُشْكِل، مهما يكن حجمه ونوعه؛ لأن الفقه الإسلامي هو الجانب العملي المرن الذي يعالج كل جديد بالحكم والفتوى والبيان.

سابعًا: الإسهام في إضافة جديد إلى الثقافة الإسلامية، وتقديم بعض ما لدينا من كنوز يجهلها البعض، وسيجد المنصفون في العالم في القواعد الأصولية والفقهية ما قصرت عنه فلسفاتهم، وما عجزت عنه قوانينهم، من جمع بين الدنيا والآخرة، وملاءمة بين حقوق الفرد ومصلحة الأمة.

ثامنًا: أنّ هذا البحث يهدف إلى تنوير عقل المسلم بصفة عامة، والفقيه وصائغو القوانين بصفة خاصة، وذلك بكيفية التعامل المباشر مع النُّصوص الشرعيَّة والقانونية على ضوء القواعد الأصولية والفقهية، واستنباط الأحكام الفرعية للحوادث والوقائع المستجدة على ضوء تلك القواعد، إضافة إلى أن هذا الموضوع يهتم بربط الفروع بأصولها وإلحاق الأحكام بأدلّتها، وأتوخى بهذه الدراسة إعادة الجسر بين الأصول والفروع؛ لأن نهج بناء الفروع على الأصول يوسع مدارك الطالب، وينمي معارفه، ويزيد من استيعابه وفهمه لقواعد هذا العلم، وبذلك يتم إنزال البحث الأصولي إلى واقع الفقه العملي الواضح.

وإذا كنت قد عقدت العزم على خوض غمار هذا الموضوع، فإن ما أضفت فيه هو من قبيل ربط القواعد الأصولية والفقهية بالواقع القانوني، وتقرير بعض المبادئ التي يستنير بها دارسو القوانين وصائغوها ومن يقع عليهم عبء التطبيق – وهم القضاة – في التصدي لأحوال العصر، من خلال النظر في القواعد الأصولية والفقهية وفهمها، ومعرفة كيفية حلّ المنازعات على ضوء تلك القواعد.

وهنا لابدَّ من الإشارة إلى أن الإفادة من القواعد الأصولية والفقهية في القوانين ينبغي أن تتسم بطابع الجماعيَّة والمؤسّساتية والتخصصية، وأن يتصدى لهذا الموضوع الفقهاء والخبراء؛ وذلك بهدف التوصل إلى أنسب الحلول الشرعيَّة من خلال تلك القواعد، فعصرنا الذي تعددت فيه الوقائع وتعقدت ليس له من سبيل سوى

اعتماد الاجتهاد الجماعي، على الرغم من أهمية الاجتهاد الفردي في الواقع المعاصر.

وبهذه الأسباب وغيرها أكون قد بينت أهمية هذا الموضوع بحد ذاته – سواء أكنت وفيته القول أم لم أوفه – فقيمته تتجلى بوضوح، وهذا ظاهر في ناحيتيه: الشرعيّة والقانونية.

أما قيمته من الناحية الشرعيّة: فظاهرة؛ لما فيه من ربط بين الأصول بالفروع، وإبراز لعلم الأصول في هيئة قواعد، وإثبات المدلول الواقعي لتلك القواعد بتطبيقها على الفروع، وعدم دراسة علم الأصول كنظريات بعيدة عن الواقع.

وفي هذا الموضوع إبراز لمنهج الأقدمين؛ لإدراك غايتهم من وَجْهها الصحيح، وهذا من خلال نهجهم في تقعيد الأصول واستقراء القواعد الفقهية من الفروع، وفي هذا الموضوع إعلام بالثروة الفقهية التي تركها لنا أسلافنا الأقدمون كي ننميها ونزيدها غِنًى، وفيه أيضًا بيان أن شريعة الله خالدة، وأن بإمكانها أن تعالج مشكلات البشرية على تنوعها، على ضوء نور الله وهدي رسوله ﷺ؛ ولهذا فقد عزمت على أن أكون من بين هؤلاء الجنود الذين يعملون جاهدين في سبيل ذلك، رغم ما يكتنف الطريق إليه من عقبات.

وغنيٌّ عن القول أن هذه الرسالة ليس غرضها أن تحصي كل قاعدة أصولية وكل قاعدة فقهية، أو تحصي كل مسألة تفرعت عن تلك القواعد، فذلك ممَّا لا تتناوله قدرة أمثالي وطاقتهم؛ إذ كل قاعدة من قواعد الأصول وقواعد الفقه إذا أراد الباحث أن يحصي الفروع التي كانت ثمرة لهذه القاعدة في مختلف المذاهب استحقت أن تفرد برسالة مستقلة.

أما قيمة هذه الرسالة من الناحية القانونية: فحسب الباحث في هذا المضمار أن يثبت أن الإفادة من القواعد الأصولية والقواعد الفقهية أمر ممكن في القوانين، عن طريق دراسة تلك القواعد دراسة مستفيضة في الجامعات والمعاهد، وفهم ما تحويه تلك القواعد من أحكام، وإقناع مَن لهم الأمر بالبحث عن التشريعات والقوانين من

خلال تلك القواعد، بعيدًا عن استيراد التشريعات من الدول غير الإسلامية.

ولقد واجهتني في بحثي هذا صعوبات، من أهمها: عدم وجود كتابات واضحة في هذا الموضوع، أو دراسات شاملة لموضوع القواعد الأصولية والفقهية في أي قانون، حتى يمكن القياس عليها في دراسة القواعد الأصولية والفقهية في القانون اليمني، إضافة إلى اتساع نطاق البحث هذا الاتساع الواجب في هذه الدراسة؛ لأنَّ الإفادة من تلك القواعد في القوانين لا تتضح إلا من خلال دراستها في الجانب المدني والجانب الجزائي، ألا ترى أنه يشتمل على قانون الأحوال الشخصيَّة، وقانوني: الجرائم والعقوبات، والإجراءات الجزائيَّة، اللذين يمثلان معًا القانون الجنائي.

ونظرًا لندرة الدراسات والمراجع المتعلِّقة بالقوانين اليمنية، فقد قمت بأكثر من رحلة إلى اليمن؛ لتتبع آخر المراجع إصدارًا، خصوصًا أنها إصدارات حديثة، إضافة إلى مشقة الحصول على بعض الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في اليمن؛ لعدم إصدارها ونشرها إلاَّ في القليل النادر.

الدراسات السابقة

موضوع القواعد الأصولية والفقهية من المواضيع التي كُتِبت فيها كتب متعددة في القديم وفي الحديث من الزمان.

أما في القديم:

فإن القواعد الأصولية والفقهية قد تناولها العلماء، ولشدة اهتمامهم بها وبأهميتها في تخريج المسائل الفرعية عليها أفرد بعضهم كتبًا خاصة بذلك؛ أمثال: الكرخي من الحنفية الذي ألف رسالة في الأصول معروفة بـ"أصول الكرخي"، وابن نجيم من الحنفية أيضًا الذي ألف في القواعد كتابًا أسماه: "الأشباه والنظائر"، والمقَّري من المالكية الذي ألف كتاب: "القواعد"، والعز بن عبد السلام من الشافعية الذي ألف كتاب: " قواعد الأحكام في مصالح الأنام"، وابن رجب من الحنابلة الذي ألف كتاب: "القواعد في الفقه"، ومن الزيدية: عبد الله بن الحسين دُلامة الذي ألف في القواعد

كتاب: "نبذة مختصرة من كتاب شذور الذهب في تحقيق المذهب"، ومـــن الإماميـــة: ميرزا حسن البجنوردي الذي ألف كتاب: "القواعد الفقهية"، والورجلاني من الإباضية الذي ألف كتاب: "العدل والإنصاف في معرفة أصول الفقه والاختلاف"، وابن حـــزم الظاهري الذي ألف كتاب: "النبذ في أصول الفقه الظاهري"، إضافة إلى هذا كله فـــإن كتب الأصول تزخر بالقواعد الأصولية؛ لما لها من أثر فعَّال فـــي توضـــيح كيفيـــة استنباط الأحكام، وقد تحدث العلماء عن أنواع كثيرة من القواعد، منهـــا مـــا يتعلـــق بالحكم الشرعي، ومنها ما يتعلق بالقواعد اللغوية، ومنها ما يتعلق بقواعـــد اســـتنباط الأحكام عن طريق الاجتهاد فيما لا نصَّ فيه؛ كالعُرف والاستصحاب، ومنها ما يتعلق بالقواعد المقاصديَّة التشريعيَّة، الأمر الذي جعلنا ننظر في أهمية هذه القواعـــد فـــي تقنين الأحكام الشرعيَّة والقضاء، ونحاول أن ندرس هـــذه الأنـــواع مـــن القواعـــد؛ لتوضيح كيفية الإفادة منها في موضوع بحثنا فـــي قـــوانين الأحـــوال الشخـــصيَّة، والإجراءات الجزائيَّة، والجرائم والعقوبات في اليمن، محاولين تأصيل بعض مـــواد هذه القوانين على ضوء القواعد الأصولية والفقهية.

وأما في العصر الحديث:

فإن معظم الدراسات المتعلِّقة بالقواعد الأصولية والفقهية جاءت متناولة لها من الناحية الشرعيَّة، إلاَّ أنَّ الأمانة العلميَّة تقتضي إيراد أهم تلك الدراسات؛ لإبـــداء الرَّأي حولها، ومن تلك الدراسات ما يلي:ـــ

الدراسة الأولى: "أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء"، وهي عبـــارة عن بحث قُدِّم لنيل شهادة الدكتوراه في أصول الفقه من كلية الشريعة والقانون، جامعـــة الأزهر، ١٣٨٩هـــ، ١٩٦٩م، من الباحث: سعيد مصطفى الخن، والبحث موجود بكشف رسائل كلية الشريعة والقانون بمركز صالح كامـــل للدراســـات التجاريـــة الإســـلامية، ميكروفيلم رقم ٣/٣٢٨/٢(٢) وهو مطبوع، في مؤســـسة الرســـالة للطباعـــة والنـــشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط٤، ١٤٢٤هـــ – ٢٠٠٣م، وقد جاءت هـــذه الدراســـة فـــي مقدمة، وبحث تمهيدي، وستة أبواب، وخاتمة، وجاءت في (٦٤٥) صفحة. أما المبحـــث التمهيدي: فتناول الباحث فيه: نشوء الخلاف في المسائل الفقهية وأهم أسبابه، وتناول

في الباب الأول: القواعد المتعلِّقة بطرق دلالة الألفاظ على الأحكام عند الحنفية والجمهور، وتناول أيضًا المنطوق والمفهوم، وذكر بعض أمثلة لأثر الاختلاف في هذه القاعدة في بعض مسائل الزواج فقط، ولم يتناول تطبيقات هذه القواعد في الجرائم والعقوبات، كما أن دراسة هذا الباب وبقية الأبواب لم تأت مُنسَّقة ومُرَتَّبَة في فصول أو مباحث كما هو معتاد، بل جاءت على هيئة نقاط، بينما خَصَّص الباب الثاني للقواعد المتعلِّقة بدلالة الألفاظ من حيث الشمول وعدمه، وتناول فيه: العام، والخاص، والمطلق، والمقيّد، وتناول الباحث في الباب الثالث: الأمر والنهي، وفي الباب الرابع: قواعد في القرآن الكريم والسُنة، وتناول في الباب الخامس: الإجماع والقياس، وفي الباب السادس: الأدلَّة المختلف فيها؛ مثل: الاستصحاب، والمصالح المرسلة، بينما جاءت الخاتمة: في دراسة تطبيقية للقواعد موضوع الدراسة على بعض أحكام النكاح فقط.

وهذه الدراسة – وإن كانت من البحوث الجيدة في تناول بعض القواعد الأصولية – إلا أن الذي يُلاحَظُ عليها أنها أهملت – وبشكل كلي – ذكر أية قواعد تتعلق بالحكم الشرعي أو بالمقاصد الشرعيَّة، وكلا الموضوعين من الموضوعات التي احتلت مكانًا بارزًا في أصول الفقه، فمما أهملته هذه الدراسة: القواعد الفقهية، مع أن هناك ارتباطًا وثيقًا بين القواعد الأصولية وبين القواعد الفقهية؛ فالقواعد الفقهيَّة في العرف مثلاً مبنية على قاعدة من قواعد الأصول، وهي الاستدلال بالعُرْف.

ولهذه الأسباب وغيرها أردت بدراستي هذه معالجة هذا النقص، بإبراز أوجه الارتباط بين القواعد الأصولية وبين القواعد الفقهية، من خلال المقارنة بين النوعين، ومن خلال دراسة بعض القواعد؛ كدراسة قواعد العرف، وقواعد الاستصحاب، وكذلك بيان أثر القواعد الأصولية والفقهية في القوانين، وهذا ما لم تتعرض له الدراسة السابقة المذكورة، لا من قريب ولا من بعيد.

ومنها: أن هذه الدراسة – عند عرض القاعدة الأصولية مثلاً – لم تهتم بالترجيح عند الخلاف فيها، وهذا ما ذكره صاحب هذه الدراسة بنفسه، حين قال في المقدمة:

مقدمتها: "هذا ولم أُعْنَ عند عرض المذاهب في القاعدة الأصولية، لم أُعْنَ بترجيح أحدها على المذاهب الأخرى، والبرهنة على صحة أو فساد هذا القول أو ذاك؛ بل اكتفيت بسرد وجهة نظره من خلال أبرز الأدلة التي يسوقها؛ لأني أرى أن في ذلك خروجًا عن الغاية التي وضعت هذه الرسالة من أجلها"[1]، وهذا من أوجه القصور في الدراسة؛ لأن على الباحث أن يناقش أهم القضايا المختلف فيها، ويبرهن على صحة أو فساد هذا القول أو ذاك، دون الاكتفاء بسرد وجهة النظر.

الدراسة الثانية: "القواعد الفقهية: مفهومها، نشأتُها، تطوُّرُها، دراسة مؤلَّفاتها، أدلَّتها، مهمتُها، تطبيقاتُها"، تأليف: علي أحمد الندوي، وهذه الدراسة عبارة عن كتاب مطبوع بدار القلم، بدمشق، الطبعة الخامسة، سنة ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠م، وعدد صفحاته (٥٦٥)، اشتمل على قسمين وخاتمة، وتحت كل قسم عدة فصول. **أما القسم الأول**: فقد جاء في بيان المصطلحات المتعلِّقة بالموضوع، وتاريخ القواعد، ودراسة مؤلفاتها، خُصِّص الفصل الأول منه لمعنى المصطلحات المتعلِّقة بالقاعدة؛ مثل: الضابط، والنظرية، وتناول فيه الفرق بين القاعدة الأصولية.وبين القاعدة الفقهية، وخُصِّص الفصل الثاني منه للمحات تاريخية عن نشأة القواعد الفقهية وتدوينها، وجاء الفصل الثالث بعنوان: نظرة عامة حول مصادر القواعد الفقهية والمؤلفين فيها. **أما القسم الثاني**: فقد تناول الباحث فيه بيان أدلَّة القواعد الفقهية، ومهمتها، وعرض نماذج مع التطبيق عليها، وجاء هذا القسم في ثلاثة فصول، خُصِّص الفصل الأول منه للقواعد الفقهية المهمة وأدلَّتها، بينما خُصِّص الفصل الثَّاني للقواعد الفقهية ووظيفتها ومكانتها في الإفتاء والقضاء، بينما جاء الفصل الثالث لإيضاح القواعد المهمة والتطبيق عليها.

ومع أن هذه الدراسة جيدة فيما تناولته، إلا أنها لم تتناول القواعد الأصولية بالدراسة، ولم تتناول أية مقارنة للقواعد - سواء الأصولية منها أو الفقهية -

---

(١) انظر في ذلك مقدمته، ص ١٣.

بالقوانين، ولم تتناول أية تطبيقات للقواعد في القانون؛ ولذلك فإن دراستي بعيدة عن هذه الدراسة من جهة ارتباطها بالقانون، ومن جهة بيانها لكيفية استثمار القواعد الأصولية والفقهية في القوانين.

أما دراسة القواعد الأصولية والفقهية من الناحية القانونية: فالذي أستطيع الجزم به ـ بحسب علمي وبعد البحث – أن دارسة القواعد الأصولية والفقهية دراسة مقارنة بالقوانين، واستثمار تلك القواعد في القوانين، تكاد تكون منعدمة، وخصوصًا في القانون اليمني؛ لأنّ تلك الدراسات إن وجدت ـ وهي نادرة ـ فإنها تكاد تنحصر في نوع معين من القواعد، ومع ذلك فإنها خالية من المقارنة بين القواعد الأصولية والفقهية في الشريعة الإسلامية، وبينها في القانون، ومن تلك الدراسات الدّراستان التاليتان:ـ

الدراسة الثالثة: "عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية: دراسة مقارنة"، للدكتور/ عبد الله علي الخيّاري[1]، وهذا الموضوع عبارة عن بحث منشور في مجلة الحقوق (وهي مجلة فصلية، علمية، محكّمة، تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت)، العدد الرابع، السنة التاسعة والعشرون، ذو القعدة ١٤٢٦ هـ– ديسمبر ٢٠٠٥م، ويقع هذا البحث في (١٤٢) صفحة، ويشتمل على مبحث تمهيدي، وثلاثة مباحث، وخاتمة، أما المبحث الأول فهو بعنوان: قواعد عبء الإثبات في القانون المدني، وأمّا المبحث الثاني فهو بعنوان: قواعد عبء الإثبات في الشريعة الإسلامية، في حين جاء المبحث الثالث: في المقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية.

إلا أن المُلاحَظ على هذه الدراسة عدة أمور، هي: أن أهميتها محدودة في دراسة القواعد؛ لما حوته من قصور في تناول الموضوع، ومنها: أنها تناولت قاعدة فرعية واحدة، من قاعدة أصولية واحدة، ومقارنتها بالقانون المدني، أما القاعدة

---

(١) كلية الشريعة والقانون ـ جامعة صنعاء ـ الجمهورية اليمنية.

الفرعية الواحدة فهي قاعدة: "**البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر**"، وهي المراد بعبء الإثبات، بمعنى التزام المدعي بإثبات دعواه بالبيّنة، أما القاعدة الأصولية المتفرعة منها هذه القاعدة فهي قاعدة الاستصحاب، وهذه القاعدة لم تتناولها هذه الدراسة، فهذا هو الوجه الأول من القصور، إذ إنّ قواعد الاستصحاب متفرعة عنها قواعد عديدة؛ ولهذا جاءت دراستي ببيانها وبيان كثير من القواعد الأصولية والفقهية.

كما أن هذه الدراسة جاءت خالية تمامًا من دراسة قضايا الأحوال الشخصيَّة، والإجراءات الجزائيَّة، والجرائم والعقوبات في اليمن، على ضوء القواعد الأصولية والفقهية، وهذا هو الوجه الثاني للقصور؛ ولهذا جاءت دراستي شاملة لنوعين من الأحكام، هي: أحكام الأحوال الشخصيَّة، وأحكام الجرائم والعقوبات، وبيان أثر القواعد الأصولية والفقهية في تلك الأحكام من خلال الدراسة التطبيقية.

إضافة إلى أن هذه الدراسة لم يستطع فيها الباحث التوصل إلى نتائج عملية للإفادة من قاعدة: عبء الإثبات في القانون اليمني، مع أن مجال قاعدة: "**البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر**" واسع، ولتطبيقها احتياطات كثيرة، خصوصًا في الجانب الجنائي الذي تكون فيه الشبهات سببًا لدرء العقوبات، وتكون براءة المتهم هي الأصل حتى يثبت ما يخالفها؛ ولذلك جاءت دراستي هذه لتوضيح كيفية الإفادة من قواعد الاستصحاب باعتبار قواعده مكملة لبعضها.

الدراسة الرابعة: وعنوانها: "الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون"، للدكتور/ عجيل جاسم النشمي، وهي عبارة عن بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة الثالثة عشرة، العدد الأول، شعبان ١٤٠٩هـ ــ مارس ١٩٨٩م، ط٣، ١٩٩٧م، ويقع هذا البحث في (٧٠) صفحة، وقد جاء في تمهيد لتقسيم الدلالات عند الحنفية والجمهور، وأربعة مطالب، وخاتمة، أما المطلب الأول: فقد تناول الباحث فيه: أقسام اللفظ من حيث كيفية دلالته على المعنى عند الحنفية، وتناول في المطلب الثاني: أنواع الدّلالة عند الشافعية، بينما تناول في المطلب الثالث: تطبيقات الدلالات

في النصوص الشرعيَّة، وفي المطلب الرابع: تطبيقات الدلالات في النصوص القانونية (في القانون الكويتي).

وهذه الدراسة وإن كانت مفيدة في موضوعها، باعتبارها دراسة متناولة لتطبيق قواعد الدلالات في القانون، إلا أنها اقتصرت على نوع واحد من القواعد، هو القواعد الأصولية المتعلِّقة بالدلالات اللغوية، فلم تتناول دراسة القواعد الأصولية الأخرى؛ مثل: القواعد المتعلِّقة بالحكم الشرعي، والقواعد المتعلِّقة بالاجتهاد بالرأي، والقواعد المقاصديَّة التشريعيَّة، وما يندرج تحت كل ذلك من القواعد الفقهية، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن موضوع هذه الدراسة ــ كما هو واضح من عنوانها ــ يقتصر على الدراسة التطبيقية لقواعد الدلالات اللغوية في القانون الكويتي، بينما مضمون دراستي يتناول القواعد الأصولية والفقهية في القانون اليمني، في الجانب المدني، والجانب الجزائي.

منهــــج البحـــث

التزمت في البحث منهجًا مقارنًا، تطبيقيًّا، تحليليًّا.

فالمقارنة: من خلال الحديث عن القواعد الأصولية والفقهية، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني، بعد تحديد موقف القانون اليمني من النصِّ عليها أو عدمه، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية فإن القاعدة إذا وُجد فيها أكثر من رأي للعلماء ــ كقاعدة مفهوم المخالفة ــ فإني أقوم بذكر أدلَّة كل فريق، وبيان وجه الدَّلالة لكل دليل ما أمكن، وما ورد عليه من مناقشة وجواب عنها، مع ترجيح ما اقتضى الدليل رجحانه من الأقوال، متجردًا من النزعات، دون تعصب لمذهب، ودون محاباة لرأي، بل أتَّبع قوة الدليل، وهذا ينطوي عليه اتباع المنهج الاستقرائي أحيانًا، وذلك باستقراء بعض القواعد المهمة في مختلف مؤلفات مذاهب الفقه الإسلامي، أما القواعد التي لا تحتاج

إلى بسط في الحديث عنها، فأعرضها بقدر الإمكان والحاجة، مع بيان ما يلزم من إيضاح.

ودراسة موضوع القواعد الأصولية والفقهية مقارنة بين الشريعة الإسلامية، وبين القوانين، يعطي صورة كاملة عن الفقه الإسلامي، ويعطي مزيدًا من الإيضاح عن خصوبته وسعته وقدرته على مسايرة التطور ومواجهة كلّ جديد بعلاج يناسبه، كما أن هذا النوع من الدّراسة المقارنة يفيد في ضرورة معرفة حُسْن صياغة القوانين وشمولها على المضمون والموضوع؛ كي نجتهد في تلافي القصور في القوانين، ففي القواعد الأصولية ما يسعفنا بكل ما نريد.

وأمّا التطبيق: فمن خلال التمثيل للقواعد الأصولية والفقهية بتطبيقات في مجال الأحوال الشخصيَّة، والإجراءات الجزائيَّة، والجرائم والعقوبات في القانون اليمني؛ لأن تلك التطبيقات تمثل جوهر البحث، باعتباره يتناول الإفادة من القواعد الأصولية والفقهية في تلك القوانين، ولا تتضح تلك الإفادة إلا من خلال استخلاصها من تلك التطبيقات، ولأن تلك التطبيقات تزيد القواعد إيضاحا وبيانًا، فالمهم هو كيفية استثمار تلك القواعد والانتفاع بها تشريعًا، وقضاءً، وتنفيذًا للأحكام القضائية.

وجاء التحليل: من خلال أن تطبيقات القواعد الأصولية والفقهية على بعض مواد قوانين الأحوال الشخصيَّة، والإجراءات الجزائيَّة، والجرائم والعقوبات في اليمن، يتطلب تحليلاً لتلك المواد على ضوء القواعد الأصولية والفقهية.

وسألتزم في البحث بالموضوعية، بأن أكون وراء الشريعة دائمًا، أستخلص أحكامها منها، فلا أطوّعها لما تهوى نفسي، ولا أُحَمّلها مالا تحتمل، ولا أقوّلها ما لم تقل؛ لأنّ في الكتابة في الشريعة الإسلامية إخبارًا عن شرع الله، لا يجوز فيه التبديل ولا التحريف، فضلاً عن أنّ أمانة البحث العلمي تقتضي أن يكون الباحث بمعزلٍ عن الهوى، وبعيدًا عن التعصب.

وثمة مبادئ عامة وضعتها نصب عينيَّ تتعلّق بكيفية تحقيق منهج البحث أرى أن أذكرها في ختام هذه المقدمة، من أهمها ما يلي:ـ

١-قمت بتخريج الآيات من سور القرآن الكريم، مع ذكر رقم الآية من السورة.

٢-إذا كان الدليل من السُّنَّة خرجته من الصحيحين إن كان فيهما أو في أحدهما، وإذا لم يكن فيهما ولا في أحدهما ذكرت من خرّجه من كتب الحديث الأخرى، مع بيان تعليقات العلماء عليه ــ إن كان لهم عليه تعليقات ــ بحسب الحاجة.

٣-رجعت إلى كتب التفسير وشروح الأحاديث عند بيان ما يلزم لتفسير آية أو شرح حديث بحسب الحاجة.

٤-وثّقتُ في عامة البحث من الكتب المعتمدة في كلٍّ مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي، ونقلت القواعد الأصولية والقواعد الكبرى من تلك الكتب، مع الاقتصار على بعض الكتب في القواعد الفرعية.

٥-اعتمدت على كتب الفقه العام كلما اقتضى الأمر ذلك، كما رجعت إلى كتب المعاصرين، ولم أغفل آراءهم في بعض القضايا التي لها علاقة بالموضوع.

٦-قمت بترجمة لبعض الأعلام الواردة في ثنايا البحث.

٧-قمت بفهرسة الآيات، والأحاديث، والأعلام، في نهاية البحث؛ ليسهل الرجوع إليها.

٨-عنيت بإبراز القواعد وذكر معانيها، مقارنة بالقانون اليمني.

٩-عنيت بإبراز تطبيقات القواعد في مجال الأحوال الشخصيَّة، والإجراءات الجزائيَّة، والجرائم والعقوبات، بحسبان تلك التطبيقات مبينة لكيفية مراعاة القواعد عند تشريع القوانين وفي القضاء.

١٠- ولكي تتجلى مكانة القواعد في ميدان القضاء بدرجاته المختلفة سقت في الباب الأخير أمثلةً من الأحكام القضائية في الأحوال الشخصيَّة والجرائم والعقوبات، أخذتها من بعض أحكام المحكمة العليا في اليمن، مع صعوبة الحصول عليها.

أخيرًا: هذا هو منهجي في البحث، فإن وُفِّقتُ فيه إلى الصواب فهذا ما كنت أبغي، وهو محض فضل الله عليَّ، وإن أخطأت فحسبي أني كنتُ حريصًا على أن لا أقع

في الخطأ، وأرجو ألاّ يفوتني الأجر، والله حسبنا ونعم الوكيل.

خطـــة البـــحث

اقتضى منهج البحث وخطته تقسيم هذه الدراسة إلى مقدمة، وفصل تمهيدي، وأربعـــة أبواب، وخاتمة.

أولاً: المقدمة: وتحتوي على أهمية موضوع البحث، وسبب اختيـــاره، والدراســـات السابقة له، وخطته، ومنهجه.

ثانيًا: الفصل التمهيدي: وفيه تناولت تعريف المصطلحات المتعلّقة بموضوع البحث.

ثالثًا: الأبواب الدراسية: وهي على النحو التالي: -

البابُ الأول: بعض القواعد الأصولية المتعلّقة بالحكم الشرعي، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة والإجراءات الجزائيّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

وقد انتظم هذا الباب في تمهيد، وثلاثة فصول، على النحو التالي:ـ

التمـــهـــيـــد: معنى الحكم الشرعي.

الفصل الأول: قاعدة: "**لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الـــشرع**"، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة والإجراءات الجزائيّـــة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الفصل الثاني: قاعدة تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهمـــا، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة والإجراءات الجزائيّـــة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الفصل الثالث: قاعدة حكم وسيلة الواجب، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة والإجراءات الجزائيّة والجرائم والعقوبات فـــي اليمن.

الباب الثاني: قواعد أصولية لغوية في طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن

ويشتمل على:ـ

التمـــهـــيـــد: معنى القواعد الأصولية اللغوية بصفة عامـــة ومعنـــى قواعد الدلالات بصفة خاصة وأنواعها.

الفصل الأول: قواعد دلالات الألفـــاظ علـــى الأحكـــام بمفهومهـــا ومنطوقها في الشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني: قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمفهومها ومنطوقها في القانون اليمني ومقارنتها بتلك القواعد فـــي الـــشريعة الإسلامية.

الفصل الثالث: أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في الأحوال الشخصيَّة والجـــرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني.

الباب الثالث: بعض القواعد الأصولية والفقهية الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالرأي، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن

ويشتمل على:ـ

التمـــهـــيـــد: معنى الاجتهاد بالرأي.

الفصل الأول: قواعد أصولية وفقهية كاشفة عن الحكم عن طريـــق الأجتهاد بالعرف والعادة، والإفادة منهـــا فـــي قـــوانين الأحـــوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الفصل الثاني: قواعد أصولية وفقهية كاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة والإجراءات الجزائيّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الباب الرابع: **بعض القواعد الأصولية والفقهية في مقاصد المكلّفين والمقاصد التشريعيّة، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة والإجراءات الجزائيّة والجرائم والعقوبات في اليمن**

ويشتمل على:ـ

التمهيد: تقسيم المقاصد إلى مقاصد تشريعية ومقاصد للمكلفين.

الفصل الأول: القواعد الفقهية في مقاصد المكلّفين، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة والإجراءات الجزائيّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الفصل الثاني: القواعد الأصولية الفقهية في المقاصد التشريعيّة، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة والإجراءات الجزائيّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الباب الخامس: **تطبيقات القواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية في مجال الأحوال الشخصيّة والمجال الجزائي، ورأي الباحث في تلك التطبيقات**

ويشتمل على:ـ

الفصل الأول: تطبيقات القواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية في مجال الأحوال الشخصيّة، ورأي الباحث في تلك التطبيقات.

الفصل الثـــاني: تطبيقات القواعد الأصولية والفقهيـــة فـــي بعـــض الأحكام القضائية اليمنية في المجال الجزائي، ورأي الباحث في تلك التطبيقات.

رابعًا: الخاتمة

خامسًا: المصادر والمراجع

سادسًا: الملاحق

وتشمل بعض الوثائق القانونية والقضائية المتعلّقة بالبحث.

سابعًا: الفهارس الفنية

وتشمل:ـــ

١- فهرس الآيات القرآنية.

٢- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.

٣- فهرس الأعلام.

وبعدُ: فلستُ بمستطيع أن أختم هذه المقدمة قبل أن أؤدي ما وجب عليَّ من الشكر لإخواني الذين أثقلوا كاهلي بفضلهم، بما لقيتُ من معـــونتهم: أخـــي الـــشقيق الأكبر/ حسين محمد مطهر العزاني، وابن عمي المخلـــص/ أحمـــد عبـــده مطهـــر العزاني، فقد أثقلته في الحصول على بعض كتب القانون اليمني وشرحه، وســـاعدني في ذلك بحكم عمله الشرطي، فأحسن الله جزاءهما، ووفقهما لخدمة العلم والدين.

ونسألُ اللهَ المبتدئَ لنا بنعمهِ قبل استحقاقها، المديمَها علينا مع تقصيرنا في الإتيان على ما أوجب به من شكره بها، الجاعِلَنا في خير أمة أخرجـــت للنـــاس: أن يرزقَنا فهمًا مستنيرًا في كتابه ثم سنَّة نبيه، وقولاً وعملاً يؤدي به عنّا حقَّه، ويوجب لنا نافلةَ مزيده.

وأرجو من القارئ أن يكون منصفًا، وأن يعذر الباحث فيما

الفصل الثاني: قواعد أصولية وفقهية كاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة والإجراءات الجزائيّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الباب الرابع: بعض القواعد الأصولية والفقهية في مقاصد المكلّفين والمقاصد التشريعيّة، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة والإجراءات الجزائيّة والجرائم والعقوبات في اليمن

ويشتمل على:ـ

التمهيد: تقسيم المقاصد إلى مقاصد تشريعية ومقاصد للمكلفين.

الفصل الأول: القواعد الفقهية في مقاصد المكلّفين، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة والإجراءات الجزائيّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الفصل الثاني: القواعد الأصولية الفقهية في المقاصد التشريعيّة، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة والإجراءات الجزائيّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الباب الخامس: تطبيقات القواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية في مجال الأحوال الشخصيّة والمجال الجزائي، ورأي الباحث في تلك التطبيقات

ويشتمل على:ـ

الفصل الأول: تطبيقات القواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية في مجال الأحوال الشخصيّة، ورأي الباحث في تلك التطبيقات.

الفصل الثـــاني: تطبيقات القواعد الأصولية والفقهيــة فــي بعــض الأحكام القضائية اليمنية في المجال الجزائي، ورأي الباحث في تلك التطبيقات.

رابعًا: الخاتمة

خامسًا: المصادر والمراجع

سادسًا: الملاحق

وتشمل بعض الوثائق القانونية والقضائية المتعلّقة بالبحث.

سابعًا: الفهارس الفنية

وتشمل:ـــ

١- فهرس الآيات القرآنية.

٢- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.

٣- فهرس الأعلام.

وبعدُ: فلستُ بمستطيع أن أختم هذه المقدمة قبل أن أؤدي ما وجَب عليَّ من الشكر لإخواني الذين أثقلوا كاهلي بفضلهم، بما لقيتُ من معــونتهم: أخــي الشقيق الأكبر/ حسين محمد مطهر العزاني، وابن عمي المخلــص/ أحمــد عبــده مطهــر العزاني، فقد أثقلته في الحصول على بعض كتب القانون اليمني وشرحه، وســاعدني في ذلك بحكم عمله الشرطي، فأحسن الله جزاءهما، ووفقهما لخدمة العلم والدين.

ونسألُ اللهَ المبتدئَ لنا بنعمه قبل استحقاقها، المديمَها علينا مع تقصيرنا في الإتيان على ما أوجب به من شكره بها، الجاعلَنا في خير أمة أخرجــت للنــاس: أن يرزقنا فهمًا مستنيرًا في كتابه ثم سُنَّة نبيه، وقولاً وعملاً يؤدي به عنَّا حقَّه، ويوجــبُ لنا نافلةَ مزيده.

وأرجو من القارئ أن يكون منصفاً، وأن يعذر ...

الفصل الثاني: قواعد أصولية وفقهية كاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الباب الرابع: بعض القواعد الأصولية والفقهية في مقاصد المكلّفين والمقاصد التشريعيَّة، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن

ويشتمل على:ـ

التمهيد: تقسيم المقاصد إلى مقاصد تشريعية ومقاصد للمكلفين.

الفصل الأول: القواعد الفقهية في مقاصد المكلّفين، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الفصل الثاني: القواعد الأصولية الفقهية في المقاصد التشريعيَّة، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الباب الخامس: تطبيقات القواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية في مجال الأحوال الشخصيَّة والمجال الجزائي، ورأي الباحث في تلك التطبيقات

ويشتمل على:ـ

الفصل الأول: تطبيقات القواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية في مجال الأحوال الشخصيَّة، ورأي الباحث في تلك التطبيقات.

الفصل الثاني: تطبيقات القواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية في المجال الجزائي، ورأي الباحث في تلك التطبيقات.

رابعًا: الخاتمة

خامسًا: المصادر والمراجع

سادسًا: الملاحق

وتشمل بعض الوثائق القانونية والقضائية المتعلِّقة بالبحث.

سابعًا: الفهارس الفنية

وتشمل:ـ

١- فهرس الآيات القرآنية.

٢- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.

٣- فهرس الأعلام.

وبعدُ: فلستُ بمستطيع أن أختم هذه المقدمة قبل أن أؤدي ما وجب عليَّ من الشكرِ لإخواني الذين أثقلوا كاهلي بفضلهم، بما لقيتُ من معونتهم: أخي الشقيق الأكبر/ حسين محمد مطهر العزاني، وابن عمي المخلص/ أحمد عبده مطهر العزاني، فقد أثقلته في الحصول على بعض كتب القانون اليمني وشرحه، وساعدني في ذلك بحكم عمله الشرطي، فأحسن الله جزاءهما، ووفقهما لخدمة العلم والدين.

ونسألُ اللهَ المبتدئَ لنا بنعمهِ قبل استحقاقها، المديمَها علينا مع تقصيرنا في الإتيان على ما أوجبَ به من شكره بها، الجاعلَنا في خير أمة أخرجت للناس: أن يرزقنا فهمًا مستنيرًا في كتابه ثم سُنَّة نبيه، وقولاً وعملاً يؤدي به عنَّا حقَّه، ويوجبُ لنا نافلةَ مزيده.

وأرجو من القارئ أن يكون منصفًا، وأن يعذر الباحث فيما ورد منه من

الفصل الثاني: قواعد أصولية وفقهية كاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الباب الرابع: بعض القواعد الأصولية والفقهية في مقاصد المكلّفين والمقاصد التشريعيَّة، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن

ويشتمل على:ــ

التمهيد: تقسيم المقاصد إلى مقاصد تشريعية ومقاصد للمكلفين.

الفصل الأول: القواعد الفقهية في مقاصد المكلّفين، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الفصل الثاني: القواعد الأصولية الفقهية في المقاصد التشريعيَّة، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الباب الخامس: تطبيقات القواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية في مجال الأحوال الشخصيَّة والمجال الجزائي، ورأي الباحث في تلك التطبيقات

ويشتمل على:ــ

الفصل الأول: تطبيقات القواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية في مجال الأحوال الشخصيَّة، ورأي الباحث في تلك التطبيقات.

الفصل الثاني: تطبيقات القواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية في المجال الجزائي، ورأي الباحث في تلك التطبيقات.

رابعًا: الخاتمة

خامسًا: المصادر والمراجع

سادسًا: الملاحق

وتشمل بعض الوثائق القانونية والقضائية المتعلّقة بالبحث.

سابعًا: الفهارس الفنية

وتشمل:ـ

١- فهرس الآيات القرآنية.

٢- فهرس الأحاديث النبوية الشريفة.

٣- فهرس الأعلام.

وبعدُ: فلستُ بمستطيع أن أختم هذه المقدمة قبل أن أؤدي ما وجب عليَّ من الشكر لإخواني الذين أثقلوا كاهلي بفضلهم، بما لقيتُ من معونتهم: أخي الشقيق الأكبر/ حسين محمد مطهر الغزاني، وابن عمي المخلص/ أحمد عبده مطهر العزاني، فقد أثقلته في الحصول على بعض كتب القانون اليمني وشرحه، وساعدني في ذلك بحكم عمله الشرطي، فأحسن الله جزاءهما، ووفقهما لخدمة العلم والدين.

ونسألُ اللهَ المبتدئَ لنا بنعمه قبل استحقاقها، المديمَها علينا مع تقصيرنا في الإتيان على ما أوجب به من شكره بها، الجاعلَنا في خير أمة أخرجت للناس: أن يرزقنا فهمًا مستنيرًا في كتابه ثم سُنَّة نبيه، وقولاً وعملاً يؤدي به عنَّا حقَّه، ويوجب لنا نافلةَ مزيده.

وأرجو من القارئ أن يكون منصفًا، وأن يعذر الباحث فيما ورد منه من

خطأ يسير، وأن يعلم أنّ الباحث ليس في غنًى عن تسديد في الرأي أو تنبيه إلى ما أغفله، فالنقص خلّةٌ بشرية، وها أنذا أقدم بين يدي هذا البحث اعترافا بأنه جَهد المُقل، وآمل أن يكون إسهاما بسيطًا في خدمة الفقه الإسلامي ونشر مفاهيمه وأحكامه للناس، وإضافة لبنة صغيرة إلى هذا الصرح الشامخ والتراث الجليل الذي ورثناه عن فقهائنا، وأدعو الله عز وجل أن يثيبني على ما بذلت فيه من جَهْد المُقلّ، وأن يغفر لي إن أخطأت، وحسبي في هذا أني قد قصدت الإصابة، وأن هذا عمل بشري بذلت فيه قصارى جهدي، فإنْ يكن صوابًا فمن الله تعالى، وإن يكن غير ذلك فمني ومن الشيطان، والله يغفر لي، وهو نعم المولى ونعم النصير، وهو من وراء القصد، وهو خير معين.

وأسأله سبحانه العصمة والتوفيق

الباحث

الفصل التمهيدي

تعريف المصطلحات المتعلقة بموضوع البحث

ويشتمل على: –

المبحث الأول : معنى القاعدة الأصولية والفقهية في الاصطلاح الشرعي وفي القانون اليمني.

المبحث الثاني : المعنى العام للقانون، ومعنى قانون الأحوال الشخصيّة، وقانون الإجراءات الجزائيّة، وقانون الجرائم والعقوبات، بشكل خاص.

المبحث الثالث : أقسام القواعد في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني.

المبحث الرابع : علاقة القواعد بغيرها من المصطلحات المشابهة لها.

المبحث الخامس : أسس القواعد وحجيتها في الأحكام في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني، والمميزات التي تيسر الإفادة منها، وأوجه تلك الإفادة في الشريعة والقانون.

المبحث الأول

معنى القاعدة الأصولية والفقهية في الاصطلاح الشرعي وفي القانون اليمني

أولاً: معنى القاعدة لغة

القاعدة لغة: هي الأساس والأصل لما فوقه، والقاعدة أصل الأس، والقواعدُ الأساسُ، وقواعد البيت أساسه[1]، ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَـٰعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّآ ۖ إِنَّكَ أَنتَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ ﴿١٢٧﴾﴾[2]، فالقواعد في الآية بمعنى أساس البيت والأصل لما فوقه[3]، قال الزجّاج[4]: "القواعد أساطين البناء الذي تَعْمِده،

---

(١) معجم تهذيب اللغة، لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري (٢٨٢ – ٣٧٠هـ) مرتب ترتيبًا ألفبائيًا وفق الحروف والأصول، تحقيق: د. رياض زكي قاسم، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت –لبنان، ط١، ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م، ٣٠٠٤/٣، لسان العرب، لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرَم بن منظور الإفريقي المصري الأنصاري الخزرجي، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، طبع دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، سنة الطبع ١٤٢٤هـ – ٢٠٠٣م، ٣٦٢/٤، مختار الصحاح، لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، ترتيب: محمود خاطر، مراجعة لجنة مركز تحقيق التراث بدار الكتب المصرية – الهيئة العامَّة المصرية للكتاب، ٥٤٤، الكليَّات [معجم في المصطلحات والفروق اللغوية] لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (ت ١٠٩٤هـ) قابله على نسخة خطية وأعده للطبع ووضع فهارسه: د. عدنان درويش، ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط٢، ١٤١٩هـ – ١٩٩٨م، ٧٢٨].

(٢) الآية ١٢٧ من سورة البقرة.

(٣) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، لجار الله محمود بن عمر الزمخشري، ط١ بالمطبعة البهية المصرية، الأزهر، ١٣٤٣هـ، ٧٤/١، الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، (ت ٦٧١ هـ) أعيد طبعه بالأوفست، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢، ١٣٨٦ هـ – ١٩٦٧م، ١٢٠/٢.

(٤) هو إبراهيم بن السَّريّ بن سهل أبو إسحاق، الزجَّاج النحوي، كان من أهل الفضل والدين، توفي سنة إحدى عشرة وثلاثمائة (٣١١ هـ)، من مؤلفاته: كتاب "معاني القرآن"، و"مختصر النحو"،

وقواعد الهودج خشبات أربع معترضة في أسفله تُركَّبُ عيدان الهودج فيها"[1]، ومنه أيضًا قوله تعالى: ﴿فَأَتَى ٱللَّهُ بُنْيَـٰنَهُم مِّنَ ٱلْقَوَاعِدِ﴾ [2]، أي من جهة الدعائم والعُمُد التي بنوا عليها بأن ضعضعت[3].

ويؤخذ من هذا أن القواعد تعني: الأساس والأصل لما يبنى عليه، والدعائم والعمد لما فوقها، وأن القاعدة هي ما ينبني عليه غيره، إذا كان ذلك الشيء حسيًّا، كما أن القاعدة قد تطلق بمعنى أساس الشيء من الناحية المعنويَّة، وذلك كإطلاق لفظة: "قاعدة" على كثيرٍ من الأمور؛ مثل: إطلاق قواعد الإسلام على أركان الإسلام الخمسة[4]، وإطلاق لفظة: "القاعدة" على كلٍّ من: قواعد الفقه، وقواعد

و"القوافي"، و"العروض"، و"خلق الإنسان"، و"النوادر". انظر في ترجمته: [إنباهُ الرّواة على أنباه النّحاة، للوزير جمال الدين أبي الحسن علي بن يوسف القِفْطي (ت ٦٢٤ هـ)، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، ومؤسسة الكتب الثقافية، بيروت- لبنان، ط١، ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م، ١/١٩٤-٢٠١، معجم الأدباء، أو إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب، لأبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الرومي الحَمَوي، (ت ٦٢٦هـ) منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميَّة، بيروت - لبنان، ط١، ١٤١١ هـ- ١٩٩١م، ١/٨٢-٩٥؛ بُغْيَةُ الوُعَاة في طبقات اللغويين والنحاة، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، (ت ٩١١ هـ)، تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، طبعة المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، صيدا- بيروت- لبنان، بدون تاريخ، ١/٤١١-٤١٣].

(١) لسان العرب ٣٦٢/٤

(٢) من الآية رقم ٢٦ من سورة النحل.

(٣) روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، لأبي الفضل شهاب الدين السيد محمود الألوسي البغدادي (ت ١٢٧٠هـ)، اعتنى بنشره وتصحيحه: السيد محمود شكري الألوسي البغدادي، إدارة الطباعة المنيرية، دار التراث العربي، بيروت - لبنان، ط٤، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥، ١٢٥/١٤.

(٤) انظر إطلاق القاضي أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي، (٤٧٦هـ -٥٤٤هـ) اسم القواعد على أركان الإسلام الخمسة التي جاء بها الحديث: «بُنِيَ الإسْلامُ عَلَى خَمْسٍ»، حيث

الأصول[1]، فكل هذه قواعد معنوية، أي أن القاعدة تعني: أساس الشيء، والأصل الذي ينبني عليه غيره، سواء كان ذلك الشيء حسيًّا أو معنويًّا، فإذا كان البناء المتين الراسخ في الشيء المادي لابُدّ له من قواعد صلبة قوية يقوم عليها ويستند إليها، فهو كذلك في البناء المعنوي؛ ولذلك فإن قواعد الأصول وقواعد الفقه لن تخرج عن هذا

أطلق على كل ركن منها قاعدة، وتناولها في كتاب سماه: "الإعلام بحدود وقواعد الإسلام"، حيث خص القاعدة الأولى: بالشهادتين، وخص القاعدة الثانية: بالصلاة، والثالثة: بالصيام، والرابعة: بالزكاة، والخامسة: بالحج. [والكتاب من منشورات دار الحرمين بالقاهرة، ط ١، ١٤١٦هـ - ١٩٩٨م]. والحديث أخرجه البخاري، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ب قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «**بُنِيَ الإِسْلَامُ عَلَى خَمْسٍ: شَهَادَةِ أَنْ لا إِلَهَ إِلاَّ اللَّهُ وَأَنَّ مُحَمَّدًا رَسُولُ اللَّهِ، وَإِقَامِ الصَّلَاةِ، وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ، وَالْحَجِّ وَصَوْمِ رَمَضَانَ**» (٢) كتاب الإيمان (١) باب الإيمان وقول النبي ﷺ: "بنيَ الإسلام على خمس"، حديث رقم (٨)، ١٢/١، ضبطه ورقمه وذكر مواضعه وشرح ألفاظه وجمله وخرج أحاديثه في صحيح مسلم ووضع فهارسه: د/مصطفى ديب البُغا، نشر وتوزيع: دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق- بيروت؛ دار اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق- بيروت، ط٣، ١٤٠٧ هـ- ١٩٨٧م؛ صحيح مسلم عَنْ ابْنِ عُمَرَ: عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «**بُنِيَ الإِسْلَامُ عَلَى خَمْسَةٍ: عَلَى أَنْ يُوَحَّدَ اللَّهُ، وَإِقَامِ الصَّلَاةِ، وَإِيتَاءِ الزَّكَاةِ، وَصِيَامِ رَمَضَانَ، وَالْحَجِّ**» فَقَالَ رَجُلٌ: الْحَجُّ وَصِيَامُ رَمَضَانَ؟ قَالَ: لا، «**صِيَامُ رَمَضَانَ، وَالْحَجُّ**» هَكَذَا سَمِعْتُهُ مِنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ، (١) كتاب الإيمان (٥) باب بيان أركان الإسلام ودعائمه العظام، حديث رقم (١٦)، ٤٥/١، تحقيق وتصحيح وترقيم وتعداد الكتب والأبواب: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة دار إحياء الكتب العربية- فيصل عيسى البابي الحلبي].

قال ابن رجب في تأكيد إطلاق قواعد الإسلام على أركان الإسلام الواردة في هذا الحديث: "والمراد من هذا الحديث: أن الإسلام مبني على هذه الخمس، فهي كالأركان والدعائم لبنيانه... والمقصود تمثيل الإسلام بالبنيان، ودعائم البنيان هذه الخمس، فلا يثبت البنيان بدونها، وبقية خصال الإسلام كتتمة البنيان [جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثًا من جوامع الكلم؛ إعداد: مركز البحوث والدراسات بمكتبة نزار مصطفى الباز، تحقيق: أبو عائش عبد المنعم إبراهيم، الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة العربية السعودية- مكة المكرمة، ط١، ١٤١٨ هـ-١٩٩٧م، ٧٣/١].

(١) هذا هو عنوان البحث وسيأتي توضيح ذلك عند معرفة معنى القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية.

المعنى، فهي أصول الفقه وأسسه التي تبنى عليها فروعه وجزئياته المتعددة التي لا تتناهى.

ثانيًا: معنى القاعدة اصطلاحًا (بوجه عام)

جاء تعريف القاعدة في الاصطلاح عند كثير من العلماء تعريفًا عامًّا؛ لما بين الفقه وأصوله من ارتباط، فأحدهما أصل والآخر فرع لذلك الأصل، وكلاهما ينبني عليه الفقه، وهذا الاصطلاح العام للقاعدة يُبنى عليه تعريف القاعدة بالاصطلاح الخاص الذي نريد به "القاعدة الأصولية" و"القاعدة الفقهية"، وهذا هو مدار البحث.

وتعريف القاعدة بالاصطلاح العام اختلف فيه العلماء بناءً على اختلافهم في مدى انطباقها على الفروع، فمن نظر إلى القاعدة بوصفها جامعة لما تحتها من الفروع وتنطبق عليها جميعًا، جاء تعريفه واضحًا في الدلالة على ذلك بوصف القاعدة بأنها "قضية كلية"، ومن نظر إلى القاعدة على أنها جامعة لأكثر الفروع المندرجة تحتها، جاء تعريفه صريحًا في هذا بوصف القاعدة بأنها "قضية أغلبية"، ومن نظر إلى القاعدة على أنها كلية وتنطبق على أكثر الجزئيات، جاء تعريفه صريحًا بوصف القاعدة بأنها "قضية كلية" وبأنها تنطبق على أكثر الجزئيات، وباستعراض كثير من تلك التعريفات يتضح أن للقاعدة في الاصطلاح ثلاثة معان هي: -

المعنى الأول: أنّ القاعدة قضية كلية تنطبق على جميع جزئياتها.

عَرَّفَ بعض العلماء القاعدة بهذا المعنى، ووردت تعريفاتهم متقاربة وإن كان فيها اختلاف محدود في العبارات، ومن تلك التعريفات ما يلي: -

١- تعريف التفتازاني(١) للقاعدة بأنها:"حكم كُلِّيٌّ ينطبق على جزئياته ليتعرف

---

(١) هو مسعود بن عمر بن عبد الله المعروف بسعد الدين التفتازاني، ولد بتفتازان- إحدى قرى نواحي نسا- وكان مولده سنة اثنتي عشرة وسبعمائة (٧١٢هـ)، أو اثنتين وعشرين وسبعمائة

أحكامها منه"[1].

٢-تعريف الجرجاني[2] للقاعدة بما يقارب تعريف التفتازاني، إذ قال: "هي قضية

(٧٢٢ هـ)، وتوفي سنة إحدى وتسعين وسبعمائة (٧٩١ هـ)، أو اثنتين وتسعين وسبعمائة (٧٩٢هـ)، كان عالمًا في النحو، والتصريف، والمعاني، والبيان، والفقه، والأصول، والمنطق، ومن تصانيفه: "شرح الشمسية" في المنطق، و"التلويح"، في أصول فقه الحنفية- حاشية على "التوضيح" لصدر الشريعة - و"شرح العقائد" في أصول الدين. انظر في ترجمته: [الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، لشيخ الإسلام، شهاب الدين أحمد بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ)، حققه وقدم له ووضع فهارسه: محمد سيد جاد الحق، دار الكتب الحديثة، القاهرة، مطبعة المدني، القاهرة، بدون تاريخ، ١١٩/٥-١٢٠، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي (ت ١٠٨٩هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٣١٩/٦-٣٢٢، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، لمحمد بن علي الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ)، دار المعرفة للطباعة، بيروت- لبنان، ٣٠٣/٢-٣٠٥].

(١) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه، ويسمى هذا الشرح أيضًا: التلويح في كشف حقائق التنقيح، بهامش التوضيح في حل غوامض التنقيح، ٣٥/١، [وكتاب التلويح هذا هو شرح لكتاب التوضيح في حل غوامض التنقيح، للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري، (ت ٧٤٧هـ) وهو شرح تنقيح الأصول (متن التنقيح في أصول الفقه). لصدر الشريعة- أيضًا - ضبطه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميّة بيروت- لبنان، ط١].

وهذا التعريف الاصطلاحي للقاعدة ذكره أيضًا السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي، حيث قال: "قيل: القواعد جمع قاعدة، وهي لغة: الأساس، واصطلاحًا: حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها منه". انظر: [غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، لابن نجيم، دار الكتب العلميّة، بيروت- لبنان، ط١، ١٤٠٥ هـ- ١٩٨٥م، ٥١/١].

(٢) هو علي بن محمد بن عبد الله بن الحسن بن زكرياً الزُّبَجي- نسبة إلى الزبح، قال السمعاني: "وظني أنها قرية من قرى جرجان"- الجرجاني، ولد بعد التسعين وثلاثمائة، وعاش ستًا وسبعين سنة، وسكن هراة، وهو خال الحافظ عبد الله بن يوسف الجرجاني، ومن مصنفاته: "التعريفات"، و"تاريخ جُرجان"، انظر في ترجمته: [الأنساب، لأبي سعد عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني، (ت ٥٦٢هـ) تقديم وتعليق: عبد الله عمر البارودي، ملتزم الطبع والنشر:

كلّيّة منطبقة على جميع جزئياتها."[1]

٣- تعريف المحلي[2] للقاعدة بأنها: "قضية كلية يتعرف منها أحكام جزئياتها."[3]

هذه التعريفات صريحة في أنّ القاعدة من شأنها الاطّراد والانطباق على جميع جزئياتها، إذ (الكلية) تعني: ثبوت الحكم لكل واحد بحيث لا يبقى فرد[4]، وهذه التعريفات دقيقة من جهة وصف القاعدة بأنها "قضية كلية"؛ لأن الأصل في القاعدة أن ترد وتنطبق على جميع جزئياتها، فالاطّراد فيها أصل، إلاّ أن هذه التعريفات غير دقيقة من جهة وصف القاعدة بأنها "منطبقة على جميع جزئياتها"؛ لأن الأولى في

دار الجنان، بيروت- لبنان، ط١، ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م، ٣/١٣١-١٣٢؛ سير أعلام النبلاء، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، (ت٧٤٨هـ) حققه وخرج أحاديثه: شعيب الأرنؤوط، ومحمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ- ١٩٨٤م، ١٨/٣٦٤-٣٦٥].

(١) التعريفات، وضع حواشيه وفهارسه: محمد باسل عيون السود، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميّة، بيروت- لبنان، ط١، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م، ١٧٢.

(٢) هو محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أحمد بن هاشم الجلال أبو عبد الله المحلي الأصل - نسبة إلى المحلة الكبرى من مصر- المصري الشافعي، ويعرف بالجلال المحلي، ولد سنة إحدى وتسعين وسبعمائة (٧٩١هـ) بالقاهرة، ونشأ بها، برع في الفقه، والكلام، والأصول، والنحو، والمنطق، وتوفي بها سنة أربع وستين وثمانمائة (٨٦٤ هـ)، ومن مصنفاته: "شرح جمع الجوامع للسبكي"، في أصول الفقه، و"شرح تسهيل الفوائد وتكميل المقاصد لابن مالك"، و"شرح الورقات". انظر في ترجمته: [الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، لشمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي، (ت ٩٠٢ هـ) منشورات: دار مكتبة الحياة، بيروت- لبنان، بدون تاريخ، ٧/٣٩-٤١، شذرات الذهب، ٧/٣٠٣-٣٠٤؛ البدر الطالع، ٢/١١٥-١٦٦].

(٣) شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لابن السبكي، مطبوع مع حاشية العطار على جمع الجوامع، للشيخ حسن العطار، على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لابن السبكي، دار الكتب العلميّة، بيروت - لبنان، ١/٣١-٣٢، وبهامشه تقرير للشيخ عبد الرحمن الشربيني على جمع الجوامع لابن السبكي، وبأسفل الصلب والهامش تقريرات للشيخ محمد علي بن حسين المالكي.

(٤) الكليّات، للكفوي، ٧٤٥.

التعريف أن يكون صريحًا وواضحًا في الدّلالة على إمكان شذوذ بعض الجزئيات عن قاعدتها، وذلك بوصف حكم القاعدة بأنه "أغلبي"، بحيث يفهم من هذا أن اندراج الجزئيات في القاعدة يتعلق بمعظمها لا بكلها.

فهذه التعريفات – وإن اختلفت عباراتها – إلا أنها تؤدي معنًى واحدًا، فهي تفيد جميعها أن القاعدة حكم كلي يفهم منها أحكام الجزئيات التي تندرج تحت موضوعها وتنطبق عليها، ويظهر في هذه التعريفات اهتمام أصحابها باعتبار الأصل في القاعدة، وهو الاطّراد والانطباق على جميع جزئياتها؛ ولذا جاء تعريفهم في بدايته دقيقًا في كون القاعدة: "قضية كلية" أو: "حكم كلي"، بمعنى أنه: "محكوم فيها على كل فرد"[1].

ويؤخذ على هذه التعريفات جميعها خُلُوُّها من ذكر الاستثناء، وهو ما يعني عدم مراعاة الاستثناء والشذوذ في انطباق القاعدة على الفروع، فوَرَد تعريفهم خاليًا من هذه الناحية، وكان الأدق ذكر عبارة: "أغلبية" أو:"أكثر" عند ذكر حكم انطباق القاعدة على جزئياتها؛ ليزال بهذا اللفظ الاشتباه في أن القاعدة تنطبق على جميع جزئياتها، ولأنه في إطار التعريف الاصطلاحي العلمي الدقيق ينبغي انتقاء الكلمات واختيار المصطلحات ذوات الدّلالة الواضحة التي لا تحدث التباسًا ولا غموضًا ولا إشكالاً، فكون القاعدة تنطبق على جميع الجزئيات المندرجة تحتها غير مسلّم به على الإطلاق؛ لأن القاعدة الفقهية لا تنطبق على جميع جزئياتها، لما فيها من الاستثناءات[2]، ولذلك اعترض الحموي[3] على تعريف القاعدة الفقهية بأنها: "حكم

---

(١) حاشية العطار على جمع الجوامع، ١/٣١.

(٢) المقاصد الشرعيّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز محمد عزام، دار البيان للطباعة والنشر، ٢٠٠١م، ٩؛ القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب البغدادي من خلال كتابه "الإشراف على مسائل الخلاف"، د. محمد بن المدني الشنتوف، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، بدولة الإمارات العربية المتحدة – دبي، ط١، ١٤٢٤ هـ – ٢٠٠٣م، سلسلة الدراسات الأصولية رقم (١٣)، ٤٤ [أصل الكتاب بحث مقدم لنيل دبلوم الدراسات العليا من كلية الآداب والعلوم الإنسانية – جامعة محمد الخامس – المغرب، سنة ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م].

(٣) هو أحمد بن محمد بن مكي الحسيني أبو العباس شهاب الدين، الحموي الأصل، كان من علماء الحنفية البارزين في مصر في القرن الحادي عشر الهجري، برع في الفقه والأصول وعلوم اللغة، توفي في مصر سنة ثمان وتسعين وألف (١٠٩٨هـ)، ومن مصنفاته: "غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم"، و"نفحات القرب والاتصال"، و"حاشية الدرر والغرر"، في الفقه و"كشف الرمز عن خبايا الكنز" في الفقه الحنفي، و"الدر الفريد في بيان حكم

كلي ينطبق على جميع جزئياته لتعرف أحكامها منه" بقوله: "القاعـدة عنـد الفقهـاء غيرها عند النحاة والأصوليين، إذ هي عند الفقهاء حكم أكثري لا كلي ينطبق علـى أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه."[1]، وستأتي مناقشة هذا التعريف.

المعنى الثاني: أن القاعدة قضية أكثرية تنطبق على أكثر جزئياتها.

من العلماء من عَرَّفَ القاعدة بأنها: قضية أغلبية أو أكثرية، ومـن تلـك التعريفات ما يلي: –

١–تعريف الحموي للقاعدة الفقهية بأنها: "حكم أكثري لا كلي ينطبق علـى أكثـر جزئياته لتعرف أحكامها منه".

٢–قال صاحب تهذيب فروق[2] القرافي[3]: "أكثر قواعد الفقه أغلبية"[4].

"التقليد" في الأصول. انظر في ترجمته: [الفتح المبين في طبقات الأصوليين، للأستاذ: عبد الله مصطفى المراغي، الناشر: محمد أمين دمج وشركاه، بيروت- لبنان، ط٢، ١٣٩٤ هـ-١٩٧٤م، ٣/١١٠، الأعلام، قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، لخير الدين الزِّركلي، دار العلم للملايين، بيروت- لبنان، ط٦، تشرين الثاني (نوفمبر ١٩٨٤م)، ١/٢٣٩؛ معجم المؤلفين، تراجم مصنفي الكتب العربية، لعمر رضا كحالة، الناشر: مكتبة المثنى، بيروت، ودار إحياء التراث العربي- بيروت، ٢/٩٣].

(١) غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١/٥١.

(٢) هو محمد علي بن حسين بن إبراهيم المالكي المكي، من أهل الحجاز، وُلد سنة سبع وثمانين ومائتين وألف (١٢٨٧ هـ)، فقيه، نحوي، مغربي الأصل، ولد وتعلم بمكة، وولي إفتاء المالكية بها سنة ١٣٤٠هـ، وتوفي بالطائف، له زهاء ثلاثين كتابًا ما زال أكثرها مخطوطًا عند ولده عبد اللطيف المالكي، طبع منها: "تهذيب الفروق والقواعد السَّنِيَّة في الأسرار الفقهية" اختصر به "فروق" القرافي، و "تدريب الطلاب في قواعد الإعراب" في النحو. انظر في ترجمته: [معجم المؤلفين، ١٠/٣١٨، الأعلام، للزركلي، ٦/٣٠٥-٣٠٦]

(٣) هو شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي البَهْنسي المصري، أحد الأعلام المشهورين، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك، كان بارعًا في الفقه والأصول والعلوم العقلية، وتخرج به جمع من الفضلاء وأخذ كثيرًا من علومه عن الشيخ عز الدين بن عبد السلام الشافعي وغيره، ألف كتبًا مفيدة منها: "الذخيرة"، في الفقه، و"شرح محصول الإمام فخر الدين الرازي"، و"الأمنية في إدراك النيَّة"، و"الإحكام في الفرق بين الفتاوى والأحكام"، و"العقد المنظوم في الخصوص والعموم"، وغير ذلك، وتوفي في جمادى الآخرة عام أربعة وثمانين وستمائة (٦٨٤ هـ)، ودفن بالقرافة. انظر في ترجمته: [الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لابن فرحون المالكي (ت ٧٩٩هـ)، تحقيق وتعليق: د. محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة، ٢/٢٣٦-٢٣٩، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، لمحمد بن محمد بن مخلوف، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت- لبنان، طبعة جديدة بالأوفست عن الطبعة الأولى، ١٣٤٩هـ، المطبعة السلفية، ١٨٨-١٨٩].

(٤) تهذيب الفروق والقواعد السَّنِيَّة في الأسرار الفقهية، ١/٣٦ بهامش كتابي: "الفروق"، و "إدرار الشروق على أنواء الفروق"، ويسمى أيضًا: "أنوار البروق في أنواء الفروق"، و"الأنوار

فهذان التعريفان صريحان وواضحان في الدّلالة على أنّ القاعدة من شأنها أن تنطبق على كثير من جزئياتها لا على جميعها، والاصطلاح بهذا المعنى قد روعي فيه ما يستثنى من القاعدة، بحيث يكون الحكم فيها مبنيًا على الأكثر لا على الكل، لإمكان شذوذ بعض الجزئيات عن قاعدتها؛ لأن كون القاعدة الفقهية "حكم أكثري" يعني أنّ هذا الحكم ينطبق على أكثر الفروع الفقهية وجزئيات الفقه لا عليها كلها، وهو ما يعني أيضًا أن هناك استثناءات فقهية فرعية لا تدخل تحت هذه القواعد[1]، فالتعريف من هذه الجهة جاء سليمًا من حيث وصف القاعدة بأنها:"حكم أكثري"، أو أن:" أكثر قواعد الفقه أغلبية"، إلا أن تعريف القاعدة بهذا المعنى يعتريه النقص من جهة عدم التصريح والوضوح في أن الأصل في القاعدة الاطّراد والانطباق على جميع الجزئيات.

المعنى الثالث: أنّ القاعدة قضية كلية تنطبق على أكثر جزئياتها.

هذا المعنى للقاعدة صرّح به تاج الدين السبكي[2] وابن النجار

والأنواء"، و"الأنوار والقواعد السّنيّة في الأسرار الفقهية"، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، المشهور بالقرافي، وبحاشيته كتاب "إدرار الشروق على أنواء الفروق"، لأبي القاسم قاسم بن عبد الله محمد بن محمد الأنصاري، المعروف بابن الشاط (ت٧٢٣هـ)، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ونشر أيضًا في المملكة العربية السعودية، وزارة الشئون الإسلاميّة والأوقاف والدعوة والإرشاد، ١٤٢٤هـ.

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورنو أبي الحارث الغزّي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط٥، ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠٢م، ١٦؛ ضوابط التفكير الفقهي (دراسة أصولية - تطبيقية- في القواعد الشرعيّة) لأستاذنا الدكتور/عبد اللطيف محمد عامر، طبعة سنة ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤م، دون مكان نشر، ١٣، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د. محمد بكر إسماعيل، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ط١، ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م، ٦.

(٢) هو عبد الوهاب بن تقي الدين علي بن عبد الكافي بن علي بن تمّام بن يوسف بن موسى بن تمام السبكي الشافعي، قاضي القضاة، أبو نصر تاج الدين، ولد في القاهرة سنة سبع وعشرين وسبعمائة (٧٢٧هـ)، وتوفي سنة إحدى وسبعين وسبعمائة (٧٧١ هـ)، فقيه، أصولي، قدم

الحنبلي[1]، وأشار إليه المقَّـــــــري[2] وابن نجيم[3]، وهذه أقوالهم فـي تعريـف

دمشق مع والده، وانتهت إليه رياسة القضاء بها، من مصنفاته: "الأشباه والنظائر" وهو كتاب في القواعد، و"شرح مختصر ابن الحاجب"، و"شرح منهاج البيضاوي"، ولخص في الأصول "جمع الجوامع" وشرحه بشرح سماه: "منع الموانع". انظر في ترجمته: [الدرر الكامنة، ٣/٣٩-٤١، شذرات الذهب، ٦/٢١١-٢٢٢؛ البدر الطالع ١/٤١٠-٤١١].

(١) هو محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المصري الحنبلي، الملقب بتقي الدين، والمشهور بابن النجار، ولد ونشأ في القاهرة، وتلقى علومه على والده وعلى كبار علماء عصره، قضى حياته في التعلم والتعليم والإفتاء، توفي سنة اثنتين وسبعين وتسعمائة (٩٧٢هـ)، من مصنفاته: "منتهى الإرادات في جمع المقنع"- مع التنقيح وزيادات- مطبوع مع شرحه للبهوتي في فقه الحنابلة. انظر في ترجمته: [معجم المؤلفين، ٨/٢٧٦؛ الأعلام، ٦/٦].

(٢) هو محمد بن محمد بن أحمد بن أبي بكر بن يحي بن عبد الرحمن القرشي التلمساني أبو عبد الله، الشهير بالمقَّري- بفتح الميم وتشديد القاف المفتوحة، قرية من قرى بلاد الزاب من أفريقية- قاضي الجماعة، الأصولي، أحد محققي المذهب، وأكابر فحوله الأثبات، لقي أعلامًا وأخذ عنهم، كابن عبد السلام، وعنه جماعة منهم الشاطبي وابن خلدون، توفي سنة ست وخمسين وسبعمائة (٧٥٦هـ)، ومن مصنفاته: "الحقائق والرقائق"، و"القواعد"، و"حاشية بديعة على مختصر ابن الحاجب". انظر في ترجمه: [نيل الابتهاج بتطريز الديباج، لأحمد بابا التنبكتي (ت ١٠٣٦ هـ) إشراف وتقديم: عبد الحميد عبد الله الهرامة، وضع هوامشه وفهارسه: طلاب من كلية الدعوة الإسلامية بطرابلس، منشورات: كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس- الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى، ط١، ١٣٩٨هـ - ١٩٨٩م، ٤٢٠-٤٢٧؛ شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ٢٣٢].

(٣) هو زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي، أخذ العلوم عن جماعة منهم شرف الدين البلقيني، وشهاب الدين ابن الشلبي، وغيرهما، وأجازوه بالإفتاء والتدريس، وله عدة مصنفات منها: "شرح الكنز" واسمه "البحر الرائق"، و"الأشباه والنظائر"، وكانت وفاته سنة تسعمائة وتسع وستين (٩٦٩هـ)، وقيل: سنة تسعمائة وسبعين (٩٧٠هـ)، انظر في ترجمته: [الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة، لنجم الدين الغزي، (ت ١٠٦١ هـ) حققه وضبط نصه: جبرائيل سليمان جبور، الناشر: محمد أمين دمج وشركاه، بيروت- لبنان، ٣/١٥٤؛ التعليقات السنية على الفوائد البهية-

القاعدة:

١- قال تاج الدين السبكي في تعريف القاعدة بأنها: "الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يُفهم أحكامها منها"[١].

٢- قال ابن النجار في تعريف القاعدة بأنها: "أمر كلي ينطبق على جزئيات كثيرة تُفهم أحكامها منها"[٢].

٣- قال المقَّري في تعريف القاعدة: "نعني بالقاعدة كل كلي هو أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامَّة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصَّة"[٣].

٤- قال ابن نجيم في أثناء تفريقه بين القاعدة وبين الضابط: "القاعدة تجمع فروعًا من أبواب شتى"[٤].

بهامش الفوائد البهية في تراجم الحنفية- كلاهما لأبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي، عني بتصحيحه وتعليق بعض الزوائد عليه: السيد محمد بدر الدين أبو فراس النعساني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، ١٣٤-١٣٥؛ الفتح المبين، ٧٨/٣].

(١) الأشباه والنظائر، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلى محمد معوض، دار الكتب العلميَّة، بيروت- لبنان- ط١، ١٤١١ هـ- ١٩٩١م، ١١/١.

(٢) شرح الكوكب المنير المسمى (بمختصر التحرير) أو (المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه) تحقيق: د. محمد الزحيلي، ونزيه حماد، جامعة الملك عبد العزيز، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، ١٤٠٠ هـ- ١٩٨٠م، طبع دار الفكر بدمشق، ٣٠/١. [وشرح الكوكب المنير هو مختصر على مسائل الكتاب المسمى "تحرير المنقول وتهذيب علم الأصول" في أصول الفقه، لعلاء الدين المرداوي الحنبلي].

(٣) القواعد، تحقيق ودراسة: أحمد بن عبد الله بن حميد، المملكة العربية السعودية، جامعة أم القرى، معهد البحوث العلميَّة وإحياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، ٢١٢/١.

(٤) الأشباه والنظائر، وبحاشيته نزهة النواظر على الأشباه والنظائر، لمحمد أمين بن عمر، المعروف بابن عابدين (ت ١٢٥٢ هـ) تحقيق وتقديم: د. محمد مطيع الحافظ، دار الفكر

فهذه التعريفات تدل على أن القاعدة قضية كلية، وأنها لا تنطبق على جميع الجزئيات، كما أن ما ذكره ابن نجيم من أن القاعدة: "تجمع فروعًا من أبوابٍ شتى" يفهم منه أنّ القاعدة تدخل في كثير من أبواب الفقه، ويندرج تحتها فروعًا كثيرة وليس كل الفروع، وهذا المعنى يفهم – أيضًا– من قول المقّري: بأن القاعدة: "أعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصّة"، فهذا القول يشير إلى أن القاعدة تدخل في العقود، وأنها أعم منها، وأعم من الضوابط المتعلّقة بجزء أو بباب خاص من أبواب الفقه.

غير أنه لمّا كان تعريفا تاج الدين السبكي وابن النجار الحنبلي صريحين في الدّلالة على اعتبار القاعدة قضية كلية تنطبق على أكثر الجزئيات لا على جميعها، فإنهما أولى التعريفات للقاعدة اصطلاحًا؛ إذ يظهر فيها أنهما تَجَنَّبا في التعريف ما يدل على اطّراد القاعدة، مع الإشارة إلى أن القاعدة معرَّضة لشذوذ بعض أفرادها عنها، وهذا واضح من قول تاج الدين السبكي: "ينطبق عليه جزئيات كثيرة"، وواضح أيضًا من قول ابن النجار: "ينطبق على جزئيات كثيرة"، فهما قد استعملا لفظة: "الكثرة"، واستغنيا بها عن لفظة: "جميع" في بيان حكم انطباق القاعدة على جميع الجزئيات، وهما بهذا قد جعلا العبارة بعيدة عن أن تفيد الانطباق الكلي التام؛ مراعاة لما قد يشذ عن القاعدة من بعض الجزئيات التي تكون من قبل المستثنيات، إلاّ أن تعريف تاج الدين السبكي وابن النجار لم يَسْلَمَا من الاعتراض، فقد اعترض عليهما وعلى تعريف القاعدة بالمعنى الأول – الذي يفيد أنّ القاعدة تنطبق على جميع جزئياتها – بأنها تعريفات اصطلاحية عامة تصلح لتعريف القاعدة بوجهٍ عام، وليس فيها تفريق بين القاعدة الفقهية وبين غيرها[1].

للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سورية، ودار الفكر المعاصر، بيروت– لبنان، ط٢، ١٤٢٠ هـ– ١٩٩٩م، ١٩٢.

(١) نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، د.محمد الروكي، تقديم: د. فاروق حمادة، دار الصفاء، الجزائر العاصمة، ودار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط١،

وهذا الاعتراض لم يتعرض لحقيقة القاعدة الفقهية من حيث كونها كلية، أو أغلبية.

كما أن تعريف القاعدة بوجه عام لا يعني طرح هذه التعريفات وإهمالها كلية؛ لأنه إذا أريد تخصيص القاعدة بعلم من العلوم فإن هذا ميسور، وذلك بذكر قيد في التعريف، كأن يقال: "القضايا الكلية الأصولية"، أو "القضايا الكلية الفقهية"، وهكذا[1].

المعنى المختار

يرى الباحث أنّ المعنى الثالث -الذي عرّف القاعدة بأنها: قضية كلية تنطبق على أكثر جزئياتها- هو التعريف المختار للقاعدة اصطلاحًا، لما سبق ذكره من قصور غيره من المعنيين السابقين لكثير من الأمور التي اشتملها هذا التعريف، ولما يلي: -

١ - أن هذا التعريف وضّح القاعدة بكونها تشتمل على حكم جامع لكثير من الفروع التي تندرج تحت ذلك الحكم لقوته وشموله، وهذا ما جاء معبرًا عنه صراحة في تعريفات كلّ من: تاج الدين السبكي وابن النجار الحنبلي "بالانطباق"، وهو ما يعني

١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ٤٦ [أصل هذا الكتاب أطروحة جامعية نال بها المؤلف دكتوراه الدولة في الدراسات الإسلامية من جامعة محمد الخامس، كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط - المغرب]؛ قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، للمؤلف نفسه، دار القلم، دمشق، ومجمع الفقه الإسلامي، جدة، ط١، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٨م، ١٠٧؛ القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب البغدادي من خلال كتابه الإشراف على مسائل الخلاف، د. محمد بن المدني الشنتوف، ٤٤.

(١) قاعدة اليقين لا يزول بالشك، (دراسة نظرية، تأصيلية، وتطبيقية) د. يعقوب عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، ط١، ١٤٢١ هـ- ٢٠٠٠م، ١٢.

وجود عنصر "الاستيعاب"[1]، الذي يعني أن القاعدة تستوعب أكثر الفروع، وهذا الاستيعاب المشتمل على أكثر الفروع سببه قوة القاعدة للحكم العام الذي تنتظم به فروع كثيرة ومسائل فقهية من أبواب شتى، ويؤيد هذا ما ذكره أبو البقاء الكفوي[2] في تعريف القاعدة اصطلاحًا بأنها: "قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها، وتسمى فروعًا، واستخراجها منها تفريعًا"[3]، فقوله: "من حيث اشتمالها بالقوة" فيه تمييز للقاعدة عن غيرها من الضوابط والعقود وغيرها ممّا دون القاعدة، لأن مادون القاعدة ليس له من قوة الاستيعاب ما يجمع بها فروعًا كثّيرة[4]، وهذا التفريع يفهم من وصف القاعدة بأنها: "يتعرف منها أحكام جزئياتها"، لأن التعرف على جزئيات موضوع القاعدة يسمى: "تخريجًا"[5].

٢- أن هذا التعريف يعطي القاعدة سمة: "الاطّراد"، أو: "الأغلبية"؛ لأن الأصل في القاعدة أن تكون مطردة، بمعنى أنها تنطبق على كل جزئياتها دون تخلف أية جزئية منها، وكل ما جدّ من الحوادث ممًا هو نظير لجزئياتها يندرج تحتها في حكمها الجامع، وهذا الأصل لا يغيره كون القاعدة تنطبق على أغلب جزئياتها لا عليها كلها؛

---

(١) نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، لمحمد الروكي، ٦٨.

(٢) هو أيوب بن السيد الشريف موسى القاضي أبو البقاء الحنفي القريمي الكفوي، من مصنفاته: "الكليّات"، في اللغة، و"تحفة الشاهان" تركي في فروع الحنفية، توفي وهو قاضٍ بالقدس سنة أربع وتسعين وألف (١٠٩٤هـ). انظر في ترجمته: [هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون، لإسماعيل باشا بن محمد أمين الياباني أصلًا، والبغدادي مولدًا ومسكنًا (ت ١٣٣٩هـ)، دار الكتب العلميّة، بيروت- لبنان، ١٤١٣ هـ- ١٩٩٢م، ٢٢٩/١؛ إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون – له أيضًا – عني بتصحيحه وطبعه على نسخة المؤلف: محمد شرف الدين بالتقايا، ورفعت بيلكه الكليسي، دار الكتب العلميّة، بيروت- لبنان، ١٤١٣ هـ- ١٩٩٢م، ٢٥١/١].

(٣) الكليّات، ٧٢٨.

(٤) نظرية التقعيد الفقهي، لمحمد الروكي، ٦٨.

(٥) تقريرات الشيخ عبد الرحمن الشربيني على جمع الجوامع لابن السبكي، بهامش حاشية العطار، ٣٢/١.

لأنّ هذا يجعل القاعدة متصفة بصفة الأغلبية[1]، وهذا الوصف: "الاطّراد"، أو: "الأغلبية"، مرتبط بعنصر الاستيعاب في القاعدة؛ لأن القاعدة إن استوعبت كلّ الجزئيات بدون استثناء فإنّ هذا الاستيعاب يفيد الاطّراد، وإن استوعبت معظم الجزئيات كان فيها الغلبة، والقاعدة إذا لم يكن فيها اطّراد ولا غلبة فإنها لا توصف بالقاعدة، ويؤيد هذا ما قاله الزمخشري[2] في تعريف القاعدة، فقد قال في قوله تعالى: "﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَـٰعِيلُ﴾[3]: "القواعد جمع قاعدة، وهي الأساس والأصل لما فوقها، وهي صفة غالبة، ومعناها: الثابتة"[4]، فهو يوضح أنه لا بد أن يتوافر في القاعدة صفة (الأغلبية) باشتمالها على معظم الجزئيات وإن لم يكن الاطّراد لكل الجزئيات.

والخلاصة: أنه يمكن جمع كل هذه الأمور بتعريف جامع للقاعدة، وهو: "الحكم الكلي الذي ينطبق على أغلبية جزئياته، إن لم يكن جميعها"، فهذا التعريف يعطي الوصف العام للقاعدة بكونها تشتمل على معنى الأغلبية إن لم يكن الاطِّراد، ولأن معنى الأغلبية لا يُخل من معنى شمول القاعدة لأكثر الجزئيات، لأنه قد توجد بعض المستثنيات تخرج عن القاعدة، وشذوذ بعض الجزئيات لا يخل من كونها حكم كلي، وهذا التعريف مستوحى من التعريف السابق للقاعدة الذي ذكره تاج الدين

---

(١) نظرية التقعيد الفقهي، لمحمد الروكي، ٧١.

(٢) هو محمود بن عمر بن محمد الزمخشري أبو القاسم جار الله، من أهل خوارزم – وزمخشر إحدى قراها القريبة منها– ولد سنة سبع وتسعين وأربعمائة (٤٩٧هـ)، كان واسع العلم، غاية في الذكاء وجودة القريحة، معتزلا، قويًا في مذهبه، حنفيًا، مات سنة ثمان وثلاثين وخمسمائة (٥٣٨هـ)، ومن مصنفاته: "الكشاف عن حقائق التنزيل" في التفسير، و"الفائق في غريب الحديث"، و"المفصل" في النحو، و"المقامات"، و"المستقصى في الأمثال". انظر في ترجمته: [إنباه الرواة، ٣/٢٦٥-٢٧٢، وفيات الأعيان، لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان، (ت٦٨١هـ) تحقيق: د. إحسان عباس، دار صادر، بيروت– ١٩٧٧م، ١٣٩٧ هـ ٥/١٦٨-١٧٤؛ سير أعلام النبلاء، ٢٠/١٥١-١٥٦، بغية الوعاة، ٢/٢٧٥].

(٣) من الآية رقم ١٢٧ من سورة البقرة.

(٤) الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، ١/٧٤.

السبكي بأنها: "الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها"، فتقييد القاعدة بأنها "الأمر الكلي" فيه مراعاة لما هو الأصل في القاعدة من شمولها لكل الجزئيات، وتقييد القاعدة بأنها: "الأمر الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة، يفهم أحكامها منه"، فيه مراعاة للشذوذ والاستثناء في القاعدة، فهي وإن كان الأصل فيها الشمول لكل الجزئيات، إلا أنه قد يشذ عنها بعض الفروع، وهذا لا يغير من صفة عمومها ولا يحط من قيمتها؛ لأن القواعد لا تخلو من المستثنيات[1].

ثالثًا: معنى القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية في الاصطلاح بشكل خاص

يرتبط معنى كلٍّ من: القاعدة الأصولية، والقاعدة الفقهية بمعرفة كلٍّ من: "الأصل" و"الفقه"، وفيما يلي معنى كلٍّ منهما:ـ

الفرع الأول: معنى الأصل

الأصل في الاصطلاح يطلق على عدة معان، من أهمها: -

١- أن الأصل: معناه الدليل[2]، ومنه يقال: أصل الشيء دليله[3]؛ نحو: الأصل في

---

(١) وشبيه بهذا التعريف وقريب منه ما جاء عند علي أحمد الندوي، حيث عرف القاعدة بأنها: "حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما تحتها". انظر [القواعد الفقهية -مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، أدلتها، مهمتها، تطبيقاتها-: تقديم: مصطفى الزرقاء، دار القلم، دمشق، ط٥، ١٤٢٠هـ- ٢٠٠٠م، ٤٣].

(٢) تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، مطبوع مع شرحه المسمى: "شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول"، للمؤلف نفسه، حققه: طه عبد الرءوف سعد، الناشر: مكتبة الكليّات الأزهرية، القاهرة، ١٥، الإبهاج في شرح المنهاج على منهاج الأصول إلى علم الأصول للقاضي البيضاوي (ت ٦٨٥هـ)، لعلي بن عبد الكافي السبكي (ت ٧٥٦هـ) وولده تاج الدين عبد الوهاب بن علي السبكي (ت ٧٧١هـ)، تحقيق وتعليق: د. شعبان محمد إسماعيل، الناشر: مكتبة الكليّات الأزهرية، القاهرة، ط١، ١٤٠١هـ ـ ١٩٨١م، ٢١/١؛ شرح التلويح على التوضيح - بهامش التوضيح في حل غوامض التنقيح - ١٧/١، إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي الشوكاني، حققه على نسخة المؤلف لأول مرة وعلق عليه: د.شعبان محمد إسماعيل، دار الكتبي، القاهرة، ٤٦/١.

(٣) تنقيح الفصول، للقرافي، ١٥.

وجوب الصلاة قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ﴾[1]، أي: الدليل على ذلك[2].

٢- أن الأصل: ما يتفرع عنه غيره[3].

٣- أن الأصل: هو المحتاج إليه[4]، ومنه يقال: أصل كل شيء ما يستند تحقيق ذلك الشيء إليه[5].

فهذه المعاني لها علاقة بأصول الفقه، حيث يقال: إن أصول الفقه تعني أدلته[6]، وتعني ما يتفرع عنه الفقه[7]، وتعني أيضًا: ما يختص بالفقه من حيث كونه مبنيًا عليه ومستندًا إليه[8]، ووجه الارتباط بين هذه المعاني للأصل وبين كلمة الفقه واضح؛ لأن الفقه مَبْنِيٌّ على الأصول ومستندٌ إليها ومتفرعٌ عنها، ولهذه الفروع أدلّتها

---

(١) من الآية٤٣ من سورة البقرة. ولفظها: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ وَٱرْكَعُواْ مَعَ ٱلرَّٰكِعِينَ ﴿٤٣﴾﴾، وقد ورد الأمر بإقام الصلاة، وإيتاء الزكاة في أكثر من آية.

(٢) قاعدة اليقين لا يزول بالشك، د. يعقوب عبد الوهاب الباحسين، ١٤.

(٣) الإبهاج في شرح المنهاج، لعلي بن عبد الكافي السبكي، ٢٠/١.

(٤) المحصول في علم أصول الفقه، لفخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي (ت ٦٠٦هـ)، دراسة وتحقيق: د. طه جابر فيّاض العلواني، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ط٣، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ٧٨/١.

(٥) الإحكام في أصول الأحكام، لسيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي، طبعة منقحة مصححة بإشراف مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ــ لبنان، ١٤٢٤هـ ــ ٢٠٠٣م،١/١٠.

(٦) تنقيح الفصول، للقرافي، ١٥؛ الوصول إلى قواعد الأصول، لمحمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد الخطيب التمرتاشي الغزي الحنفي (كان حيًا سنة ١٠٠٧هـ) دراسة وتحقيق: محمد شريف مصطفى أحمد سليمان، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميّة، بيروت ــ لبنان، ط١، ١٤٢٠هـ ــ ٢٠٠٠م، ١١٤.

(٧) الإبهاج في شرح المنهاج، لعلي بن عبد الكافي السبكي، ٢١/١.

(٨) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٤٧/١.

التي هي أصول الفقه[1].

٤- أن الأصل معناه: القاعدة الكلية[2]، والقاعدة المستقرة[3]، نحو: "الأصل في الأشياء الإباحة."[4]، أي: القاعدة الكلية والمستقرة في الأشياء هي الإباحة، وهذا المعنى مرتبط أيضًا بأصول الفقه، لأن أصول الفقه – كما سيأتي في تعريفه – يتعلق بالأدلَّة الإجماليَّة، التي يراد بها: "كليَّات الأدلَّة"[5]، فقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ﴾ [6] دليل على وجوب الصلاة، ولكن لهذا الدليل كلية من الكليَّات التي تتعلق بالأمر، وهو أن الأمر للوجوب ما لم يصرفه قرينة عنه، فيطلق مثلاً على قاعدة: "**كل ما يؤمر به واجب**" وقاعدة: "**كل منهي عنه حرام**" بأنها أدلَّة كلية؛ لأنها تعلم من حيث الجملة لا من حيث التفصيل، وهي توصل الفقيه إلى حكم إجمالي، هو وجوب المأمور به وحرمة المنهي عنه[7]، فهذه المعاني للأصل هي الأوفق بمقام أصول الفقه.

---

(١) تخريج الفروع على الأصول، لأبي المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني (ت٦٥٦هـ) حققه وعلق حواشيه: د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط٤، ١٤٠٧هـ ـ ١٩٨٦م، ٣٤.

(٢) شرح التلويح على التوضيح، ١/١٧؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ١/٤٦.

(٣) القواعد، لأبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن، المعروف بتقي الدين الحصني (ت٧٢٩هـ) الجزآن: الأول والثاني، دراسة وتحقيق: د. عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، والجزآن: الثالث والرابع، تحقيق: د. جبريل بن محمد بن حسين البصيلي، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، شركة الرياض للنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م، ١/٢٧٢، المنثور في القواعد، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي المعروف بالزركشي (ت٧٩٤هـ) تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميَّة، بيروت ـ لبنان، ط١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م، ١/١٨٤.

(٤) روح المعاني، للألوسي، ٢/٣٨.

(٥) الإبهاج في شرح المنهاج، لعلي بن عبد الكافي السبكي، ١/٢٢.

(٦) من الآية ٤٣ من سورة البقرة.

(٧) الإبهاج في شرح المنهاج، لعلي بن عبد الكافي السبكي، ١/٢٢.

وهناك معانٍ أخرى للأصل لكنها معانٍ خاصة، كإطلاق الأصل على معنى الراجح[1] والمستصحب[2] والمقيس عليه[3]، فيقال: أصل الشيء رجحانه[4]، نحو الأصل عدم المجاز[5]، أي: أن الحقيقة هي الراجحة عند تعارض الحقيقة والمجاز، ويقال: من تيقَّنَ الطهارةَ وشكَّ في زوالها فالأصلُ الطهارة، أي: أن الأصل المستصحب هو الطهارة[6]، ويقال: الأرزُ يقاسُ على البُرّ في تحريم الربا[7].

الفرع الثاني: معنى الفقه

للفقه في الاصطلاح عدة تعريفات متنوعة العبارات متقاربة المعنى، ومن تلك التعريفات ما يلي: -

١- أنه: "العلم بالأحكام الشرعيَّة العملية المكتسب من أدلَّتها التفصيليَّة"[8].

٢- أنه: "العلم بالأحكام الشرعيَّة العملية بالاستدلال"[9].

٣- أنه: "العلم بالأحكام الشرعيَّة العملية من أدلَّتها التفصيليَّة"[10].

---

(١) تنقيح الفصول، للقرافي، ١٥؛ شرح التلويح على التوضيح، ١/١١٧؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ١/٤٦. كما يطلق الأصل على معنى الأغلب. انظر:[قواعد الحصني، ١/٢٧٢].

(٢) قواعد الحصني، ١/٢٧٢؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ١/٤٦.

(٣) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ١٦.

(٤) تنقيح الفصول، للقرافي، ١٥

(٥) نفسه، ١٥.

(٦) قاعدة اليقين لا يزول بالشك، د. يعقوب عبد الوهاب الباحسين، ١٥.

(٧) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ١٦.

(٨) المنهاج، للبيضاوي، ١/٢٨؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لجمال الدين بن محمد عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي (ت٧٧٢هـ) تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميَّة، بيروت - لبنان، ط١، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ٤١.

(٩) تنقيح الفصول، للقرافي، ١٧.

(١٠) متن التنقيح في أصول الفقه، لصدر الشريعة، ١/١٨؛ التلويح على التوضيح، ١/٢١

٤- أنه: "العلم بالأحكام الشرعيَّة العملية الفرعية عن أدلَّتها التفصيليَّة"[1].

٥- أنه: "العلم بالأحكام الشرعيَّة الفرعية عن أدلَّتها التفصيليَّة بالاستدلال"[2].

ويظهر من هذه التعريفات التقارب الكبير بين عباراتها، وشمولها على عدة قيود في تعريف الفقه، إلاّ أن التعريف الأخير جامع لكثير من القيود المذكورة في غيره من التعريفات، إضافة إلى شمول هذا التعريف للتخريجات على القيود التي وردت فيه وفي غيره، فتقييد تعريف الفقه بكونه: "العلم بالأحكام" يخرج به العلم بالذوات – كزيد – وبالصفات – كسواده – وبالأفعال – كقيامه – فالعلم بهذه الأشياء ليس من العلم بالأحكام، ويخرج بقيد "الشرعيَّة":الأحكام العقلية – كالحساب والهندسة – والأحكام اللغوية – كرفع الفاعل – فإنها لا تسمى أحكامًا شرعية، ويخرج بقيد "الفرعية":الأحكام الأصولية؛ كأصول الدين وأصول الفقه، ويخرج بقيد "العمليَّة": الأحكام العلميَّة؛ كأصول الدين، فإنها من الأحكام الشرعيَّة العلميَّة؛ إذ المقصود منها هو العلم المجرد الذي يعني: الاعتقاد المستند إلى الدليل، ويخرج بقيد "المكتسب من أدلَّتها":علم الله تعالى وما يلقيه الله تعالى على الرسل والأنبياء من الأحكام بالاكتساب؛ فإنه علم حاصل بالوحي، ويسمى علمًا بالاكتساب، ويخرج بقيد "التفصيليَّة": الأحكام الحاصلة عن أدلَّة إجماليَّة؛ نحو الأمر للوجوب وغيرها، ويخرج بقيد "الاستدلال": علم المُقلِّد؛ فإن العلم الحاصل للمُقلِّد في المسائل الفقهية يُسمى:

---

(١) معيار العقول في علم الأصول، للمهدي لدين الله أحمد بن يحيى المرتضى(ت٨٤٠هـ)، مطبوع في مقدمة كتابه: "البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار"، في الجزء الأول منه، وبهامشه: جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار، للمحقق: محمد بن يحيى بهران الصعدي (ت٩٥٧هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط سنة ١٣٩٤هـ ـ ١٩٧٥م، ١/١٥٩

(٢) القواعد والفوائد الأصولية، لعلاء الدين علي بن عباس البعلي المعروف بابن اللحام، حققه وضبطه على أصل خطي: أيمن صالح شعبان، طبع ونشر وتوزيع: دار الحديث، القاهرة، ط١، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٤م، ٣٥، ويقاربه ما ذكره الشوكاني في تعريف الفقه، حيث عرفه بأنه: "العلم بالأحكام الشرعيَّة من أدلَّتها التفصيليَّة بالاستدلال" [إرشاد الفحول، ١/٤٧]

تقليدًا، كما يخرُجُ بهذا القيد أيضًا: ما هو معلوم من الدين بالضرورة – كشعائر الإسلام ــ مثل: وجوب الصلاة، والصيام، والزكاة، فإنها معلومة بالضرورة من غير استدلال(١).

ويفهم من خلال وصف الفقه: بأنه العلم بالأحكام الشرعيَّة، ومن خلال وصف هذه الأحكام بأنها أحكام عملية، فرعية، تفصيلية – يفهم من ذلك – أن الفقه يتعلق بالأحكام العملية التي تصدر عن الإنسان وتفصيلها؛ ولذلك فإن الفقه يتكون من مجموعة الأحكام الشرعيَّة المتعلّقة بما يصدر عن الإنسان من أقوال وأفعال(٢)، وبيان حكمها؛ كمعرفة حكم الوتر، هل هو الوجوب أو أنه سُنَّة؟ فهذا حكم تفصيلي(٣).

الفرع الثالث:معنى أصول الفقه

الأصول جمع أصل – وقد سبق معناه – كما سبق معرفة أن أصول الفقه تعني: أدلّة الفقه، إضافة إلى وجود ارتباط بين لفظتي: "الأصول"، و"الفقه"، حيث إنَّ الأصول مضافة إلى الفقه، وأصول الفقه هو: لقب لعلم أصول الفقه باعتباره علمًا من العلوم الشرعيَّة(٤)، شأنه شأن أي علم له قواعده.

وقد بحث الأصوليون أدلّة الفقه باعتبارها موضوع علم الأصول(٥)، وباعتبار أن الأحكام الشرعيَّة العملية تستفاد من الأدلَّة، كما بحثوا كيفية التوصل إلى فهمِ الأحكام من خلال القواعد اللغوية والتشريعيَّة؛ لأن الفقيه يحتاج في فهم الأحكام إلى قواعد، وقد جُمِعَت تلك القواعد في علم وسميت: أصول الفقه(٦).

---

(١) تنقيح الفصول وشرحه، للقرافي، ١٧؛ التمهيد للإسنوي،٤٢، القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام،٣٥

(٢) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاّف، مكتبة دار التراث، القاهرة، ط٧، ١٩٥٦م، ١١

(٣) الإبهاج في شرح المنهاج، لعلي بن عبد الكافي السبكي، ٢٣/١.

(٤) السابق، ٢١/١.

(٥) الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ١١٤.

(٦) الإبهاج في شرح المنهاج، لعلي بن عبد الكافي السبكي، ٩/١.

وأصول الفقه اصطلاحًا، قد عرِّف بعدة تعريفات متنوعة العبارات متقاربة المعنى، ومن تلك التعريفات ما يلي: –

١ – أنه: "عبارة عن مجموع طرق الفقه على سبيل الإجمال، وكيفية الاستدلال بها، وكيفية حال المستدل بها"[١].

٢ – أنه: "معرفة دلائل الفقه إجمالا، وكيفية الاستفادة منها، وحال المستفيد"[٢].

٣ – أنه: "أدلَّة الفقه، وجهات دلالاتها على الأحكام الشرعيَّة، وكيفية حال المستدل بها من جهة الجملة لا من جهة التفصيل"[٣].

٤ – أن أصول الفقه: "طرقه على جهة الإجمال، وكيفية الاستدلال بها، وما يتبع الكيفية"[٤].

فهذه التعريفات عباراتها متقاربة، ومشتملة على مجموعة من القيود في تعريف أصول الفقه، إلا أن التعريف الأول الذي ذكره الرازي أحرز للقيود المذكورة في غيره من التعريفات، فكلمة: "مجموع" فيها احتراز عن الباب الواحد من أصول الفقه، فهو وإن كان من أصول الفقه لكنه ليس أصول الفقه كلها، وكلمة: "طرق الفقه" تتناول الأدلَّة، والأمارات[٥]، وكلمة: "على طريق الإجمال" يراد بها: كون تلك الأدلَّة أدلَّة إجماليَّة[٦]، التي يقصد بها: كليَّات الأدلَّة[٧]، وهذا الأمر قد وضَّحَهُ علي بن عبد الكافي السبكي بقوله: "فالأدلَّة الإجماليَّة هي: الكلية، سُميت بذلك لأنها تُعلم من حيث

---

(١) المحصول، للرازي، ١/٨٠.

(٢) المنهاج، للبيضاوي، ١/١٩

(٣) الإحكام، للآمدي، ١/١٠.

(٤) معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى – في مقدمة البحر الزخار – ١/١٥٩.

(٥)المحصول، للرازي١/٨٠

(٦) المحصول، للرازي، ١/٨٠؛ الإبهاج في شرح المنهاج، لعلي بن عبد الكافي السبكي، ١/٢٢

(٧) الإبهاج في شرح المنهاج، لعلي بن عبد الكافي السبكي، ١/٢٢

الجملة لا من حيث التفصيل، وهي تُوَصِّلُهُ (بِقصد الفقيه) بالذات إلى حكم إجمالي؛ مثل كون كل ما يؤمر به واجبًا وكل منهي عنه حرامًا، ونحو ذلك..."[1]، أي أن قيد "الإجمال" في التعريف يراد به: إخراج العلم بالأدلة على التفصيل الذي هو من وظيفة الفقيه[2]، والمراد من "كيفية الاستدلال بها": معرفة كيفية استفادة الأحكام من أدلّتها[3]، ولذلك نجد في بعض التعريفات السابقة عبارة: "كيفية الاستفادة"، والمراد بـ"كيفية حال المستدل بها": أن الطالب للحكم الشرعي إن كان عاميًّا وجب عليه أن يستفتي، وإن كان عالمًا وجب عليه أن يجتهد، فلابدَّ في أصول الفقه من بحث حال الفتوى والاجتهاد[4].

تعقيب:

من خلال تعريف أصول الفقه اصطلاحًا يَتَبَيَّن أنه علم يبحث في أدلّة الفقه الإجماليّة، وكيفية الاستدلال بها، وكيفية حال المستدل؛ لأنه لمّا كانت الأدلّة التي تستفاد منها الأحكام الشرعيّة العملية ترجع إلى أربعة: القرآن، والسنة، والإجماع، والقياس، ولمّا كان أساس هذه الأدلّة والمصدر التشريعي الأول منها هو القرآن، ثم السنة، فإن العلماء بحثوا في كل دليل من هذه الأدلّة، وفي البرهان على أنه حجة على الناس ومصدر تشريعي، وفي الأحكام الشرعيّة التي تستفاد من تلك الأدلّة، وفيما يتوصل به إلى فهمها من النُّصوص، وإلى استنباطها من غير النُّصوص، وفق قواعد لغوية وقواعد تشريعية، وبحثوا أيضًا فِيمَن يتوصّل إلى استمداد الأحكام من أدلّتها، وهو المجتهد، فبينوا الاجتهاد، وشروطه، والتقليد، وحكمه، ومن مجموع هذه القواعد والبحوث المتعلّقة بالأدلّة الشرعيّة من حيث دلالتها على الأحكام، وبالأحكام

---

(١) الإبهاج في شرح المنهاج، لعلي بن عبد الكافي السبكي ، ١/٢٢-٢٣
(٢) السابق، ١/٢٢، ٢٥
(٣) المحصول، للرازي، ١/٨١.
(٤) السابق، ١/٨١.

من حيث استفادتها من أدلّتها، وما يتعلق بهذين الأمرين تكونت أصول الفقه(1)، وإنما يبحث علم الأصول في الأدلّة والأحكام وفق قواعد لغوية وقواعد تشريعية، لأن الفقه مبنيٌ على الأصول، ولأن فهم الأحكام من النُصوص واستنباطها من غير النُصوص يحتاج إلى ضبط وفق قواعد تكون في مجموعها علم أصول الفقه.

الفرع الرابع: معنى القاعدة الأصولية

يتضح لنا تعريف القاعدة الأصولية من خلال تعريف كلّ من: "الأصـــل"، و"الفقه"، اللذين يتكون منهما "أصول الفقه"، ومن خلال ما قرره العلماء من أن الفقـــه مبنيٌّ على الأصول – التي هي أدلته – وأن الفقه هو العلم بالأحكام الشرعيّة العمليـــة الفرعية من أدلّتها التفصيلية، ومن خلال ذلك فإن علم أصول الفقه – باعتباره قواعـــد تبين أدلّة الفقه – قد عُرّفَ بما يلي: –

١– أنه: "عبارة عن العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى الفقه"(2).

٢– أنه: "العلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعيّة الفرعية عـــن أدلّتها التفصيليّة"(3).

---

(1) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٢.

(2) شرح التلويح على التوضيح، ١/٣٥-٣٦، وهذا التعريف هو ما ذكره الأستاذ: محمد سلام مدكور، حيث عرف علم أصول الفقه بأنه "إدراك القواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الفقه" انظر:[المدخل للفقه الإسلامي، ٢٠٥؛ الكتاب دون بيانات سوى ما جاء في مقدمة المؤلف من أنه كتبه في حدائق الزيتون، في ذي الحجة، ١٣٧٧هـ ـ يوليو ١٩٥٨م].

(3) الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ١١٤، وهذا التعريف ذكره علي بن عبد الكافي السبكي بنصه نقلاً عن ابن الحاجب. انظر:[الإبهاج في شرح المنهاج، ١/٢٦]، كما ذكره الشوكاني بنصه باستبدال "إدراك" محل "العلم" انظر [إرشاد الفحول، ١/٤٨]، وهذا التعريف ذكره – أيضًا – علي حسب الله حيث قال في تعريف أصول الفقه، بأنه: "قواعد يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعيّة من أدلّتها التفصيليّة" انظر:[أصول التشريع الإسلامي، ط٧، ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م، ملتزم الطبع والنشر: دار الفكر العربي، القاهرة، ٣]

فهذان التعريفان يوضحان أن الهدف من قواعد أصول الفقه هو استنباط الأحكام الشرعيَّة الفرعية – التي تمثل الفقه – عن أدلَّتها التفصيليَّة، ولذلك فإن "تحصيل القاعدة الكلية يتوقف على البحث عن أحوال الأدلَّة، والأحكام، وبيان شرائطهما"[1].

ولمَّا كانت القواعد التي يتوصل بها إلى الفقه ليست نوعًا واحدًا، بل هي مجموعة من القواعد تبين للفقيه طرق استخراج الأحكام من الأدلَّة؛ فإن تعريف علم الأصول باعتباره قواعد يدخل فيه: القواعد اللغوية التي تعتبر طرقًا لفظيَّة لمعرفة دلالات الألفاظ الشرعيَّة على معانيها واستنباطها منها؛ لأن القرآن والسنة – وهما باللغة العربية – لا يستطيع فهمهما والاستنباط منهما إلاَّ مَن عرف ما لابدَّ منه لذلك من ألفاظ اللغة العربية، وأساليبها، وطرق دلالتها على معانيها، كما يدخل في ذلك أيضًا: القواعد المعنويَّة التشريعيَّة، التي تبحث في تشريع الأحكام، والأسس التي بنى عليها الشارع أحكامه، والأغراض التي رمى إليها بتشريعه[2].

فالقواعد هي التي تُبَيِّنُ للفقيه طرق استخراج الأحكام من الأدلَّة الشرعيَّة التي يتكون من مجموعها علم أصول الفقه، وبناء عليه فإن أصول الفقه اصطلاحًا هو – كما يقول عبد الوهاب خلاف –: "مجموعة القواعد والبحوث التي يتوصل بها إلى استفادة الأحكام الشرعيَّة العملية من أدلَّتها التفصيليَّة"[3].

تعقيــــب:

باستعراض هذه التعريفات، وغيرها لمعنى القواعد الأصولية، يتضح أن القواعد الأصولية تهدف إلى التوصل إلى معرفة الفقه الذي هو الأحكام الشرعيَّة الفرعية، وحيث إنَّ القاعدة – كما سبق في تعريفها – تعتبر أمرًا كليًا أو أكثريًا يكون

---

(١) شرح التلويح على التوضيح، ١/٣٦.

(٢) أصول التشريع الإسلامي، لعلي حسب الله، ٣.

(٣) علم أصول الفقه، ١٢، وكذلك عرفه الأستاذ: محمد سلام مدكور، حيث قال: "علم أصول الفقه، هو القواعد التي يتوصل بها المجتهد إلى استنباط الأحكام الشرعيَّة العملية من أدلَّتها التفصيليَّة". انظر: [المدخل للفقه الإسلامي، ١٠٥].

أساسًا يتفرع عنه غيره، فإنه يمكن تعريف القاعدة الأصولية بأنها: "الأمر الكلي الذي يمثل أساسًا للتوصل إلى معرفة الأحكام الشرعيَّة الفرعية"، فهذا التعريف يشتمل على عدة أمور هي: –

الأمر الأول: أن القاعدة الأصولية أمر كليّ، وهي تتناول الأدلَّة الإجماليَّة التي تضبط فَهْمَ الأحكام من النُّصوص واستنباطها من غير النُّصوص، وهذا الأمر يمثل وظيفة القاعدة الأصولية، التي هي ضبط مناهج استنباط الأحكام، ولهذا قال الشيخ: محمد أبو زهرة في تعريف القواعد الأصولية بأنها: "القانون الذي يلتزمه الفقيه ليعتصم به من الخطأ في الاستنباط"(١)، ومؤدى ذلك: أن الالتزام بالقواعد الأصولية ينتج عنه الاستنباط السليم للأحكام، لأن القواعد الأصولية هي: "تلك الأسس والخطط والمناهج التي يضعها المجتهد نصب عينيه عند البدء والشروع في الاستنباط"(٢).

الأمر الثاني: أن هذا التعريف يظهر فيه ارتباط معنى القاعدة – التي تعتبر حكمًا كليًّا ينطبق على جميع الجزئيات أو أكثرها – بمعنى الأصل الذي هو الدليل، وارتباط كلّ

---

(١) أصول الفقه، ملتزم الطبع والنشر: دار الفكر العربي، القاهرة، تاريخ المقدمة، ١٣٧٧هـ – ١٩٨٥م، ١٠.

(٢) أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، د. مصطفى الخن، ١١٧

وقد جاءت عبارات الباحثين مؤكدة لهذا الأمر، كتعريف أستاذنا الدكتور/عبد اللطيف محمد عامر للقواعد الأصولية بأنها: "المعايير والأسس التي ينطلق منها الأصولي والمجتهد ليفهم النصّ التشريعي ويصل إلى الحكم، نحو الأمر للوجوب، والنهي للتحريم"[ضوابط التفكير الفقهي، ٢٨]، وكتعريف الدكتور/محمد بن المدني الشنتوف للقواعد الأصولية، بأنها: "تلك المباحث، والقوانين، والقواعد اللغوية التي يعتمد عليها المجتهد في تفسيره وتعامله مع النُّصوص الشرعيَّة واستنباطه الأحكام منها" [القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب البغدادي من خلال كتابه الإشراف على مسائل الخلاف، ٤٦]، وكتعريف الدكتور/محمد الروكي للقواعد الأصولية، بأنها: "تلك المبادئ والمباحث اللغوية التي تكون منهاجًا يعتمد عليه الفقيه في تفسير النُّصوص الشرعيَّة واستنباط الأحكام منها" [قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، ١١٧]

من المعنيين بمعنى الفقه الذي هو العلم بالأحكام الشرعيّة العملية عن أدلتها التفصيليّة، فمجموع القواعد الأصولية، يتوصل بها إلى فهم الأحكام الفقهية.

الأمر الثالث: أن هذا التعريف يُبيِّنُ أن القاعدة الأصولية هي قاعدة كلية باعتبارها تبحث في الدليل الكلي الإجمالي وليس التفصيلي؛ إذ إنَّ القواعد الأصولية يندرج تحتها أنواع من الأدلَّة الإجماليّة.

الأمر الرابع: أن اتِّبَاعَ قواعد الأصول اتِّبَاعًا سليمًا يؤدي إلى فهم الأحكام من النُصوص فهمًا سليمًا واستِنبَاطِهَا استِنبَاطًا سَلِيمًا من غير النُصوص.

وهنا تجدر الإشارة إلى أنه وإن كانت قواعد الأصول متنوعة، إلا أنه يأتي في مقدمة تلك القواعد: القواعد اللغوية التي تضبط فهم النُصوص الشرعيَّة؛ ولذلك قال القرافي عن أصول الفقه: "هو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ، والترجيح، ونحو الأمر للوجوب، والنهي للتحريم..."[1]، وهكذا فإن قواعد الأصول تبحث في الحكم الشرعي وما يتعلق به من الأدلَّة والاجتهاد؛ لأن مرتكز علم أصول الفقه هو البحث في الحكم الشرعي في أفعال العباد من الحلال، والحرام، والواجب، والمندوب، والمكروه، والمباح، إما في معادهم – كأبواب العبادات – أو في معاشهم – كأبواب البيوع والمناكحات والجنايات – وذلك لتحقيق مصالحهم[2].

الفرع الخامس: معنى القاعدة الفقهية

عَرَّفَتْ مجلة الأحكام العدلية القاعدة الفقهية بأنها: "الحكم الكلي، أو الأكثري، الذي يراد به معرفة حكم الجزئيات"[3]، ومعنى هذا: أن القواعد – وإن كان

---

(١) الفروق، ١/٢.

(٢) تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني، ٣٣-٣٤.

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، تأليف: علي حيدر، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب العلميَّة، بيروت ـ لبنان، ١/١٧

فيها بعض المستثنيات من حيث إنَّها لا تنطبق على بعض الفروع - إلاّ أن هذا الاستثناء لا يُخلُّ من كُلّيَةِ القاعدة؛ لأن بعض القواعد يُخصِّصُ ويُقيِّدُ بعضًا[1]، وهذا التعريف للقاعدة الفقهية - وإن كان قد أوضح أن القاعدة تنطبق على أكثر الجزئيات - إلا أنه ينقصه توضيح ماهية القاعدة من حيث عباراتها، هل هي كثيرة طويلة، أم أنها عبارات منظومة نظمًا موجزًا؟ فالذي يميز القاعدة عن غيرها هو النظم في عبارات موجزة.

وللوصول إلى تعريف واضح للقاعدة الفقهية يميزها عن القاعدة الأصولية لابدَّ من النظر إلى مجموع معنى كلّ من: "القاعدة" و"الفقه"، فإذا كانت القاعدة تعني: الأمر الكلي الذي ينطبق عليه أكثر الجزئيات، وإذا كان الفقه يعني: العلم بالأحكام الشرعيَّة العملية الفرعية عن أدلَّتها التفصيليَّة، وإذا كانت هذه الأحكام هي التي تتعلق بما يصدر عن الإنسان من أقوال وأفعال، ويتكون من مجموعها الفقه، فإنه من خلال هذا كله يمكن تعريف القاعدة الفقهية بأنها: "الأمر الذي يندرج تحته أكثر الفروع الفقهية من أبواب مختلفة، بعبارات سهلة موجزة"، بمعنى: أن الفروع التي تندرج تحت القاعدة الفقهية كثيرة لا حصر لها، ولهذا قيَّدنا التعريف بلفظ: "أكثر الفروع"، وفي هذا اللفظ - أيضًا - دلالة على أن كثيرًا من القواعد يشذّ عنها بعض مسائل تعتبر مستثناة، ولا يقدح ذلك في كونها قاعدة، ولا ينقص من قيمتها العلميَّة في ضبط فروع الأحكام العملية، وفيه أيضًا احتراز عن الضابط الفقهي، فالضابط الفقهي ينطبق على جزئيات في باب واحد، وليس في فروع مختلفة من أبواب الفقه.

وهذا التعريف يوضح معالم القاعدة الفقيهة، فهي من حيث علاقة الفروع بها تعني وجود معنى في القاعدة، وهذا المعنى يمتد إلى الفروع؛ ولهذا قيّدنا القاعدة: بأنها "الأمر الذي يندرج تحته أكثر الفروع"، وهي من حيث المبنى والصياغة: تصاغ في أوجز العبارات، ويختار لها أقل الكلمات؛ ولهذا قلنا: "بعبارات سهلة موجزة"، وهي من

---

(١) درر الحكام، علي حيدر ، ١٧/١

حيث مدلولها: تدل على معنى واسع، بعبارات موجزة سهلة الحفظ؛ ومثال ذلك: قاعدة "الضرر يزال"، فإنها قاعدة فقهية يوجد فيها معنى، وهو إزالة الضرر، وهذا المعنى يمتد إلى الفروع الفقهية، فيحكم بإزالة الضرر، وهي من حيث المبنى والصياغة قاعدة مصوغة بعبارة موجزة ذات مدلول واسع، وهكذا.

وهذه المعالم التي تظهر في القاعدة الفقهية، والتي ترتبط بتعريفها، استوحاها الباحث من كلام القرافي عن القاعدة الفقهية، فهو - وَإِنْ لَمْ يُعَرِّفْهَا - إلا أنه ذكر لها أوصافًا كثيرة، يتضح منها معالم القاعدة الفقهية، حيث قال: "أمَّا بعد، فإن الشريعة المعظمة المحمدية، زاد الله تعالى منارها شرفًا وعُلُوًّا اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان: أحدهما: المسمى بأصول الفقه... والقسم الثاني: قواعد كلية، فقهية، جليلة، كثيرة العدد... لكلِّ قاعدة من الفروع في الشريعة ما لا يحصى... وهذه القواعد مهمة في الفقه، عظيمة النفع... وَمَنْ جعل يخرِّج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، وضاقت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى... وَمَنْ ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليَّات، واتحد عنده ما تناقض عند غيره، وتناسب..."[1]، فهو في البداية يشير إلى أن القاعدة الفقهية تضم من الفروع في الشريعة ما لا يحصى، ثم يؤكد أن تخريج الفروع الفقهية لا يكون إلا بناء على القواعد، لاندراجها فيها، ثم يقرر أن الفروع والجزئيات لا تتناهى لكثرتها، وأنه يصعب حصرها وحفظها، وأن القواعد يستغني بها الفقيه عن حفظ أكثر الجزئيات، وكل هذه الإشارات التي ذكرها القرافي تؤكد أن لسان حاله يقول: إن القاعدة الفقهية هي الأمر الذي يندرج تحته أكثر الفروع الفقهية التي لا حصر لها بعبارات موجزة.

---

(١) الفروق، ١/٢-٣.

وشبيه بهذا وقريب منه ما قاله مصطفى أحمد الزرقا، حيث عَرَّفَ القواعد الفقهية بأنها: "أصول فقهية، كلية، في نصوص موجزة دستورية، تتضمن أحكامًا تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"(١)، ثم يزيد في شرح هذا التعريف وتوضيحه فيقول: "فهي تمتاز بمزيد الإيجاز في صياغتها على عموم معناها وسَعة استيعابه للفروع الجزئية، فتصاغ القاعدة بكلمتين أو ببضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم"(٢).

وهذا أيضًا ما أشار إليه الأستاذ/ محمد مصطفى شلبي، حيث قال عن القواعد: "في الفقه الإسلامي نوعان من القواعد: قواعد الاستنباط، وقواعد أخرى عبارة عن أصول ومبادئ كلية تصاغ في نصوص موجزة، تتضمن أحكامًا تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"(٣).

وهو أيضًا ما قاله الدكتور/ محمد بكر إسماعيل، الذي عَرَّفَ القاعدة الفقهية بأنها: "قول، موجز، بليغ، في قضية كلية، تندرج تحتها أكثر جزئياتها، يتعرَّف من خلالها على أحكام ما لا ينحصر منها"(٤).

وتعريف القاعدة الفقهية بهذا المعنى يُظْهِر أن الفروع التي تندرج تحتها في ازدياد مستمر بحسب متطلبات العصر، ومقتضيات الأحوال والظروف، بحيث تلبي القاعدة حاجة الفقيه في التعرف بسهولة على الحكم الشرعي فيما يَجِدُّ من الجزئيات

---

(١) لمحة تاريخية عن القواعد الفقهية الكلية [في مقدمة شرح القواعد الفقهية، تأليف: أحمد بن محمد الزرقا (ت١٣٥٧هـ ـ ١٩٨٣م)، دار القلم، دمشق، ط٦، ١٤٢٢هـ -٢٠٠١م، قام بتنسيق ومراجعة الطبعة الأولى: د. عبد الستار أبوغدة، والطبعة الثانية مصححة ومعلق عليها بقلم: مصطفى أحمد الزرقا ابن المؤلف، ٣٤].

(٢) السابق، ٣٤.

(٣) المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ١٤٠٣هـ ـ ١٩٨٣م، ٣٢٤

(٤) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، ٦.

المندرجة تحت القاعدة، كما أن القواعد الفقهية قد بنيت على الإيجاز البليــغ لــتحفظ، فكلما كانت أوجز في العبارة وأبلغ في الدّلالة، كلّمَا وَجَدَ الفقيه يسرًا فــي اســتيعابها وحفظها[1].

ولا تخرج أكثر تعريفات الباحثين[2] للقاعدة الفقهية عن هذا المعنى، بيد أنَّ من الباحثين من جعل القاعدة الفقهية والضابط بمعنى واحد، فالأستاذ/ محمــد ســلام مدكور يقول عن القاعدة الفقهية بأنها: "مجموعة الأحكام المتشابهة التي ترجــع إلــى قياس واحد يجمعها أو إلى ضابط فقهي يربطها"[3]، ومثله الدكتور/ يوسف قاسم الذي عَرَّف به القاعدة الفقهية بأنها: "عبارة عن ضابط أو أصل فقهي يراعى في تخــريج الأحكام الشرعيّة"[4].

---

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ، ٧.

(٢) انظر مثلاً: تعريف القواعد الفقهية عند الدكتور/عبد العزيز محمد عزام حيث عرفها بأنها: "قضايا كلية يندرج تحتها جزئيات يعلم حكمها من تلك القواعد، وهي منطبقة على معظم جزئياتها غالبًا".[المقاصد الشرعيّة في القواعد الفقهية، ١٠]. وانظر أيضًا تعريف الدكتور/محمد الزحيلي، الذي قال عن القاعدة، بأنها: "قضية كلية يدخل تحتها جزئيات كثيرة وتحيط بالفروع والمسائل من الأبواب المتفرقة" [النظريات الفقهية، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، والدار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م، ١٩٩]، وقال الدكتور/ إسماعيل بن حسن بن محمد علوان: "إن الأصح في تعريف القواعد الفقهية في الاصطلاح هو أن نقول: إنها حكم كلي مصوغ في ألفاظ موجزة غالبًا تنطبق على جميع جزئياتها أو أغلبها في أبواب متعددة، لتعرف أحكامها منه" [القواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد المندرجة تحتها- جمع ودراسة من مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية- دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الدمام، ط١، ١٤٢٠هـ ــ ٢٠٠٠م، ٢٤]، وقال الدكتور/ نصر فريد واصل، في تعريف القاعدة الفقهية بأنها:"القواعد الكلية، أو الأكثرية، التي تحكم الفروع الفقهية المتشابهة "[المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع، ط١، ١٤٠٠هـ -١٩٨٠م، القاهرة، ١٩١].

(٣) المدخل للفقه الإسلامي، ٢٠٨.

(٤) مبادئ الفقه الإسلامي (الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي ــ تاريخ الفقه الإسلامي، ومصادره، وقواعده الكلية ــ النظريات العامّة في الفقه الإسلامي) الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة، ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م، ٢٢٨

فهذان التعريفان -وإن كانا قد أشارا إلى أنه لأبدَّ من وجود معنى جامع يمتد من القاعدة إلى فروعها- إلا أن ما يؤخذ عليهما هو عدم التمييز بين القاعدة الفقهية وبين الضابط الفقهي؛ لأن القواعد ليست ذات طبيعة واحدة من حيث ما يتخرج عليها من الفروع الجزئية، فهناك قواعد كلية يتحرج عليها فروع فقهية من مختلف أبواب الفقه؛ كقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**"، وهناك من القواعد مَا يتخرج عليها فروع في كثير من أبواب الفقه، وهناك من القواعد ما يختص بباب فقهي أو جزء من باب كما سيأتي تفصيل ذلك في دراسة أنواع القواعد[1]، ولتمييز القاعدة الفقهية عن الضابط وعن غيرها من القواعد فإن ما خلص إليه الباحث من تعريف القاعدة الفقهية بأنها: "الأمر الذي يندرج تحته أكثر الفروع الفقهية من أبواب مختلفة"، يُعلم منه أن الفروع تندرج تحت القاعدة، وأن تلك الفروع والجزئيات تحتكم إلى أصل واحد وتنضبط بأساس واحد هو القاعدة.

رابعًا: معنى القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية في القانون اليمني

لأبدَّ من معرفة مفهوم القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية في القانون اليمني من أجل البحث عن مصدر تلك القواعد، ومدى موافقتها للشريعة الإسلامية، وهذا ما لم أقف على أحد تناوله بالدراسة والبحث، إضافة إلى أن القانون اليمني لم يوضح المراد من القواعد الأصولية، والقواعد الفقهية، إلا أنه يمكن تلمس ذلك بالرجوع إلى الباب الأول، من القسم الأول، من الكتاب الأول، من القانون المدني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م، الذي جاء بعنوان: "القواعد الأصولية والعامَّة والكلية في تطبيق القانون "، وفيه تسعة عشر مادة اشتملت على كثير من تلك القواعد، فمفهوم القواعد الأصولية والقواعد الفقهية يمكن تلمسه من خلال عبارة: "مبادئ الشريعة الإسلامية" التي وردت في المادة الأولى من القانون المذكور، حيث نصَّت على أنه: "يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظًا ومعنى، فإذا لم يُوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي

---

(١) انظر بالتفصيل ما سيأتي من تقسيم القواعد في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني.

بمقتضى العرف الجائز شرعًا، فإذا لم يوجد عُرْفٌ فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة...".

فالتعبير في المادة "بمبادئ الشريعة الإسلامية" يقصد به: قواعد الشريعة الإسلامية، واستخدام لفظة: "المبدأ" بمعنى القاعدة يفهم من وصف الشوكاني(1) لمسائل علم أصول الفقه بأنها عبارة عن مبادئه، حيث قال بعد خطبة كتابه: " إرشاد الفحول": "لم أذكر فيه من المبادئ التي يذكرها المصنفون في هذا الفن إلا ما كان لذكره مزيد فائدة يتعلق به تعلقًا تامًا وينتفع به انتفاعًا زائدًا"(2)، كما أن المبادئ تستخدم للدلالة على القواعد المُسَلَّمة في كل علم، وهذا يظهر جليًا في تعريف الآمدي(3) للمبدأ، بقوله: "مبادئ كلّ علم هي التصورات والتصديقات المُسَلَّمة في ذلك

---

(1) هو محمد بن على بن محمد بن عبد الله الشوكاني الخولاني الصنعاني اليماني، القاضي، الفقيه، المجتهد، المحدث، الأصولي، ولد سنة ١١٧٢ هـ، وقيل: ١١٧٣ هـ، ونشأ بصنعاء وعرف والده علي بالشوكاني، نسبة إلى شوكان ــ قرية من بلاد خولان، بينها وبين صنعاء مسيرة يوم ــ كان معنيًا بالفقه، والحديث، والتفسير، والأدب، والنحو، والأصول، والقراءات، وآداب البحث، والمناظرة، وكتب التاريخ، ومن شيوخه: والده علي، وعبد الرحمن بن قاسم المدائني، وإسماعيل بن الحسن، وغيرهم، وممن تخرج به: ابنه علي، ومحمد بن حسن الذماري، وغيرهما، وقد تفقه على مذهب الإمام زيد وتبحر فيه، ولما تمكن من الإحاطة بأطراف السنة وصار محدثًا حافظًا خلع ثوب التقليد ولبس سربال الاجتهاد، ومن مؤلفاته: "تحفة الذاكرين"، و "شرح عدة الحصن الحصين"، و"نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار" في الحديث، توفي وهو حاكم بصنعاء سنة ١٢٥٠هـ على الأرجح، وقيل:سنة ١٢٥٥هـ، وقبره في مقبرة خزيمة المشهورة بصنعاء. انظر في ترجمته: [الفتح المبين، ٣/١٤٤-١٤٥؛ الأعلام، ٦/٢٩٨؛ نيل الوطر في تراجم رجال اليمن في القرن الثالث عشر، جمعه: محمد بن محمد زبارة الصنعاني، تحقيق ونشر: مركز الدراسات والأبحاث اليمنية، الجمهورية العربية اليمنية، صنعاء، دار العودة، بيروت، ٢/٢٩٧ــ ٣٠٢].

(2) إرشاد الفحول، ١/٤٤.

(3) هو سيف الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم التغلبي الآمدي الحنبلي، ثم الشافعي، ولد بآمد سنة ٥٥١هـ، فقيه، أصولي، متكلم، منطقي، قرأ القراءات، والفقه، وتفنن في علم النظر، والكلام، والحكمة، برع في الخلاف، وكان من الأذكياء، أقام ببغداد، ثم انتقل إلى الشام، فنزل

العلم، وهي غير مبرهنة فيه، لتوقف مسائل ذلك العلم عليه"[1]، وعلى هذا فإنَّ المبدأ بهذا المعنى يراد منه معنى خاص هو القواعد المعلومة والمُسلَّم بها، وهو معنى له علاقة بمعنى القاعدة.

والمبدأ في المصطلحات المعاصرة لفظة تماثل لفظة: "القاعدة" في معناها[2]، فيقال لقواعد القانون مثلاً: مبادئ القانون[3]، وتُعرَّف المبادئ العامَّة بأنها: "مجموعة من القواعد والأسس التي يتخذها المشرع هاديًا له عند سَنِّ التشريع"[4]، وهي تنشأ عن مقومات المجتمع الأساسية؛ كمبدأ العدل، ومبدأ الحرية الشخصيَّة للمواطنين، وغير ذلك من المبادئ[5]، ومن أمثلة إطلاق لفظة: "المبدأ" على "القواعد": إطلاق المبدأ على القواعد التي تحكم الجرائم والعقوبات، من حيث بيانها، وثبوتها، وعقوباتها[6]، ويمثل الشيخ/ مصطفى الزرقا لعلاقة المبدأ بالقاعدة بقاعدتي: "**الأمور بمقاصدها**"، و"الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على خلافه"، ثم

حماه، ثم انتقل إلى الديار المصرية، ثم قدم دمشق، وكانت وفاته بها سنة إحدى وثلاثين وستمائة (٦٣١هـ) ومن مؤلفاته:"غاية المرام" في علم الكلام، و"دقائق الحقائق" في الحكمة، و"أبكار الأفكار"، في أصول الدين، و"الإحكام في أصول الأحكام"، و"غاية الأمل في علم الجدل". انظر في ترجمته:[شذرات الذهب، ٥/١٤٤ـ ١٤٥؛ معجم المؤلفين، ٧/١٥٥-١٥٦]

(١) الإحكام، ١/١١.وانظر أيضًا تعريف الجرجاني للمبادئ، حيث عرفها، بأنها: "التي لا تحتاج إلى برهان، بخلاف المسائل، فإنها تثبت بالبرهان القاطع" [التعريفات، ١٩٧].

(٢) المبادئ العامَّة للتشريع الجنائي الإسلامي – مدخل لدراسة الفقه الجنائي الإسلامي ـ د. رائف محمد النعيم، جهينة للنشر والتوزيع، عمان ـ الأردن، ط١، ١٤٢٥هـ ـ ٢٠٠٥م، ٧.

(٣) المقاصد الشرعيَّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز عزام، ١٠.

(٤) مبادئ الشريعة الإسلامية (المصدر الرئيسي للتشريع في مصر) د. علي حسين نجيدة، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٩٠م، ٢٣.

(٥) السابق، ٢٢.

(٦)المبادئ العامَّة للتشريع الجنائي الإسلامي، د. رائف محمد النعيم، ٧.

يُعقِّبُ على هذا بقوله: "ويسمى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني مبادئ جمع مبدأ"[1].

وبناء على ذلك فإنّ مبادئ الشريعة الإسلامية إذا وردت في القانون فإنه يقصد بها: "القواعد الكلية المشتركة بين مذاهب الفقه الإسلامي"[2]، وهي لا تنحصر في مذهب معين[3]، كما يقصد بها: تلك القواعد والمبادئ العامَّة الكلية دون التفصيليَّة[4].

وقد فُسِّرت مبادئ الشريعة الإسلامية المذكورة في نصّ المادة الأولى ــ سالفة الذكر ــ من القانون المدني اليمني، بأنها تعني: قواعد الشريعة الإسلامية التي لا تنحصر في نطاق القواعد الأصولية وحدها ولا في نطاق القواعد الفقهية وحدها، بل تشمل النوعين معًا، وهذا ما ذكره الدكتور/ محمد بن حسين الشامي؛ حيث قال في شرح هذه المادة: "إذا لم يجد القاضي نصًّا يحكم النزاع، فإنّ عليه أن يبحث عن الحلّ في مبادئ الشريعة الإسلامية، والمتمثلة في كتاب الله، ثُم في سُنَّة رسول الله، ثم في اجتهاد الصحابة رضوان الله عليهم، فإذا لم يجد بَحث عن الحلّ من خلال القواعد الأصولية – وموضوعها علم أصول الفقه – ثم القواعد الفقهية – وموضوعها علم الفروع – حيث يتخرج مِنْ كل قاعدة عِدّة مسائل فرعية، فإن لم

---

(١) لمحة تاريخية عن القواعد الفقهية الكلية، في مقدمة شرح القواعد الفقهية، لأحمد بن الشيخ محمد الزرقا، ٣٣.

(٢) مبادئ الشريعة الإسلامية (المصدر الرئيسي للتشريع في مصر). د. علي حسين نجيدة، ٤٩.

(٣)السابق، نفس الصفحة.

(٤) محاضرات في المدخل للقانون، د.حسن كيرة، دار نشر الثقافة بالإسكندرية، ١٩٥٤م، ٢٢٧؛ المدخل للعلوم القانونية، (موجز للنظرية العامَّة للقانون والنظرية العامَّة للحق)، د. توفيق حسن فرج، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٠ ــ ١٩٧١م، ١٥؛ دروس القانون المدني المقارن (مقدمة الدراسات المقارنة) لدبلومة الدراسات العليا في القانون الخاص والشريعة الإسلامية، د/ جميل الشرقاوي، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٩

يجد عمد إلى الاجتهادات الفقهية في مسائل الفروع المتعلِّقة بواقعة النزاع دون التقيد بمذهب معين، مع وجوب الأخذ في الاعتبار شمول معرفته للناسخ والمنسوخ من الأدلَّة، ومسائل الإجماع، وآيات الأحكام، واللغة العربية، وإن فهم هذه المبادئ الشرعيَّة بالنسبة للقاضي خاصة تعتبر من البدهيات التي لا بد وأن يحيط بها دراسةً وفهمًا؛ لأنه لا توجد مشكلة قديمة أو جديدة إلا ولها حل في شريعة الله"[1]، وبهذا يتضح أن القانون اليمني عَبَّر عن القواعد الأصولية والفقهية بما يؤدي معناها، وهو مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها، ولا ضير في هذا الاستخدام ما دام أن هناك مماثلة بين لفظة: "القاعدة" ولفظة: "المبدأ"، فيطلق مثلاً على قاعدة: **"لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ"** مبدأ لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ[2]، وهكذا غيرها من القواعد.

وإذا كانت القواعد ترادف المبادئ إلا أنّ من الباحثين من يرى أن هناك فرقًا بين المبادئ والقواعد من حيث المدلول، بمعنى أن "المبادئ ذات مدلول أوسع من القواعد"[3]؛ لأن المبادئ هي التي يتوقَّف عليها مسائل العلم، باعتبارها المقدمات التي تنتهي الأدلَّة والحجج إليها من الضروريات والمُسلَّمات، وما دامت المبادئ لا تحتاج إلى برهان فإنها ذات مدلول أوسع من القواعد[4].

وهذا التفريق أمر غير مُسلَّم به، لما سبق ذكره، ويؤيد هذا ما جاء في صدر العدد الأول من القواعد القضائية الصادرة عن المكتب الفني بالمحكمة العليا، بالجمهورية اليمنية من مناقشة لهذا الموضوع، حيث جاء فيها: "هل القواعد القضائية

---

(١) الوجيز في مدخل القانون، مكتبة الجيل الجديد، ودار النشر للجامعات، صنعاء، الجمهورية اليمنية، ط٢، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٩م، ١٢٧.

(٢) السابق ٦٨.

(٣) المبادئ القانونية والقضائية في الدعاوى الجزائيَّة، د. حسن علي مجلي، مركز عبادي للدراسات والنشر صنعاء الجمهورية اليمنية، ط١، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، ٦.

(٤) السابق، نفس الصفحة

غير المبادئ على مذهب من يقول بأن اختلاف العبارات والأسماء يوجب اختلاف المعاني؟"[1].

ثم وردت الإجابة عن هذا التساؤل بالقول: "عرفت القاعدة في اصطلاح الفقهاء بأنها حكم كلي ينطبق على جميع جزئياته أو أكثرها لتعرف أحكامها منه... وقد أشار الشيخ/ مصطفى أحمد الزرقا في كتابه المدخل الفقهي العام عقب ذكر القاعدتين:"الأمور بالمقاصد"، "الأصل بقاء ما كان على ما كان"، إلى أنه يُسمّى أمثالها اليوم في الاصطلاح القانوني: مبادئ جمع مبدأ Principel؛ إذًا فالقواعد: أصول كلية في نصوص موجزة، تتضمن أحكامًا شرعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها... ومن ذلك العرض يظهر عدم الاختلاف بين القواعد والمبادئ..."[2]، وهكذا فإن القواعد تعني المبادئ في القانون، وفي القواعد القضائية الصادرة عن المحكمة العليا.

---

(١) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا – العدد الأول – الجزء الأول (جزائي – مدني) جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا بالجمهورية اليمنية، ط١، ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤م، المطبعة القضائية، اليمن – صنعاء، المعهد العالي للقضاء، ٣٧ [الموضوع: المادة (٣٥) من قانون السلطة القضائية، خطابها، ودلالتها إعداد: القاضي محمد عبد الله السالمي، عضو المكتب الفني بالمحكمة العليا، ٣٧].

(٢)القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا – العدد الأول – الجزء الأول (جزائي – مدني) جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا بالجمهورية اليمنية، [الموضوع: المادة (٣٥) من قانون السلطة القضائية، خطابها، ودلالتها إعداد: القاضي محمد عبد الله السالمي، عضو المكتب الفني بالمحكمة العليا، ٣٧-٣٨

المبحث الثاني

المعنى العام للقانون ومعنى قانون الأحوال الشخصيَّة وقانون الإجراءات الجزائيَّة وقانون الجرائم والعقوبات بشكل خاص

أولاً: المعنى العام للقانون

القانون بمعناه العام، هو: "مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعيَّة، والتي تقسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء"[(١)]، أو هو "مجموعة القواعد التي تقيم نظام المجتمع فتحكم سلوك الأفراد وعلاقاتهم فيه، والتي تناط كفالة احترامها بما تملك السلطة العامَّة في المجتمع من قوة الجبر والإلزام"[(٢)].

ومضمون التعريفين واحد، وهو أن القواعد التي يتكون منها القانون تهدف إلى إقامة نظام المجتمع باتباع الناس لتلك القواعد والخضوع لها في علاقاتهم من حيث الحقوق والواجبات، وإيقاع الدولة الجزاء لمن يخالفها[(٣)]، وهذا هو تعريف القانون بالمعنى العام عند شراح القانون اليمني[(٤)].

ومن الملاحظ أن القانون قد يكون مرادفًا للقاعدة، من حيث إنَّ كُلاًّ منهما

---

(١) أصول القانون أو (المدخل لدراسة القانون) د. عبد الرازق أحمد السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو ستيت، ملتزم الطبع والنشر: دار الفكر العربي، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٥٢م، ١٣.

(٢) محاضرات في المدخل للقانون. د. حسن كيرة، ٨.

(٣) أصول القانون، د. عبد الرازق أحمد السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٩؛ محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ١٦؛ المدخل للعلوم القانونية، د.توفيق حسن فرج، ١٢؛ الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٤.

(٤) انظر تعريف الدكتور/محمد بن حسين الشامي، حيث عرف القانون بالمعنى العام بأنه: "القواعد التي تحكم العلاقات الاجتماعيَّة، وتجبر الأفراد على اتباعها بالقوة عند الاقتضاء" انظر]الوجيز في مدخل القانون، ١٤

يمثل أساسًا لغيره، فالقاعدة تعتبر أساسًا لكثير من الفروع التي تبنى عليها، والقانون كذلك يعتبر أساسا لكثير من القضايا التي ينظمها، ويظهر هذا الأمر واضحًا عند الجرجاني، الذي عرّف القانون بأنه: "أمر كلي منطبق على جميع جزئياته التي يتعرف أحكامها؛ كقول النحاة: الفاعل مرفوع، والمفعول منصوب، والمضاف إليه مجرور"(١).

ثانيًا: معنى القانون بالاصطلاح الخاص.

القانون قد يطلق للدلالة على فرع معين من فروع القانون، فيقال: "القانون المدني"، أو "قانون الإجراءات الجزائيّة"، أو "قانون العقوبات"، ويراد به: "مجموع القواعد التي تحكم نشاطًا معيّنًا من نواحي النشاط الإنساني في المجتمع"(٢)، بمعنى أنه قانون خاص بتنظيم ناحية معينة من نواحي الحياة(٣).

---

(١) التعريفات، ١٧٢.

(٢) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٧.

(٣) والقانون نوعان: عام وخاص

أ- القانون العام: هو القانون الذي يحكم العلاقات التي تكون الدولة طرفا فيها، بصفتها صاحبة السلطة والسيادة، ولكن الدولة حين تدخل في علاقات قانونية على هذا النحو قد تدخل فيها مع دولة أخرى، وفي هذه الحالة يسمى بالقانون العام الخارجي أو القانون الدولي العام، وقد تظل داخل إقليمها فتدخل في علاقات مع رعاياها، وفي هذه الحالة يسمى القانون العام بالقانون العام الداخلي، ويتفرع القانون العام الداخلي إلى فروع متعددة، مثل القانون المالي، والقانون الجنائي.

ب- القانون الخاص: هو مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التي لا تكون الدولة طرفا فيها بصفتها صاحبة السيادة والسلطان، فهو ينظم العلاقات بين الأشخاص بصفة عامة، أو بينهم وبين الدولة باعتبارها شخصًا يقوم بأعمال عادية كاللتي يقوم بها كافة الأفراد، ويتفرع القانون الخاص إلى فروع متعددة، على رأسها القانون المدني، ثم القانون التجاري، وقانون العمل، وقانون المرافعات... إلخ. انظر[محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٢٤٢ـ ٢٤٩، المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٦٣ـ ٧٧].

وقد تطلق لفظة القانون ويراد بها: "التقنين"[1]، ومعناه: "إدماج القواعد الخاصَّة بفرع من فروع القانون – بعد أن تُرتَّب، وتُبوَّب، ويرفع ما قد يكون فيها من تناقض – في مدونة واحدة، تصدر من الهيئة صاحبة التشريع في شكل قانون"[2]، ويكون ذلك التقنين مشتملاً على مجموعة المواد المخصوصة بفرع من فروع القانون، فيقال مثلاً: نصَّت المادة كذا من القانون المدني على كذا، فيكون المراد هنا من لفظة القانون: "مجموعة القانون المدني"[3].

وقد تطلق لفظة القانون على معنى أضيق من المعاني السابقة، وذلك حينما يقصد بها رقم وتاريخ قانون معين ينظم مرفقًا من المرافق، فيقال مثلاً: القانون رقم كذا، لسنة كذا، بشأن الجامعات، أي: التقنين أو التشريع الذي يحمل هذا الرقم، ويكون معناه مجموعة الأحكام المنظمة للجامعات[4].

معنى قانون الأحوال الشخصيَّة

قانون الأحوال الشخصيَّة هو: "مجموع القواعد التي تحدد علاقة الشخص بأفراد أسرته من وقت ميلاده إلى وقت موته"[5]، وبهذا المعنى فإنه يدخل في مضمون اصطلاح الأحوال الشخصيَّة كلّ ما يتعلق بالنسب، والنفقة، والرضاعة، والحضانة، والزواج، والطلاق، والميراث، والوصية[6]، والعلّة التي يرجع إليها إدخال الميراث والوصية في اصطلاح الأحوال الشخصيَّة هي النظرة الواسعة لهذا الاصطلاح التي" تبسطه على كل ما قد يَمُتُّ إلى الدين بصلة"[7]، فعقود التبرعات –

---

(١) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٨.

(٢) أصول القانون، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ود. أحمد حشمت أبو ستيت، ١٩.

(٣) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٨.

(٤) السابق، نفس الصفحة.

(٥) أصول القانون، د. عبد الرازق أحمد السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو ستيت، ١٠٦.

(٦) السابق، نفس الصفحة.

(٧) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ١٩٨.

كالوصية – تقوم غالبًا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة، ولذلك تعتبر من قبيل الأحوال الشخصيَّة[1]، كما أنّ الهبة قد تُدرّج في مسائل الأحوال الشخصيَّة، باعتبار صلتها بالدِّين، حيث إنَّها تقوم أيضًا على فكرة التصرف المندوب إليه ديانة[2].

إلا أن من الباحثين من يرى أن الهبة لم تعد تعتبر من قبيل مسائل الأحوال الشخصيَّة باعتبار طبيعتها القائمة على أساس العقد المالي، وفي هذا يقول الدكتور/ حسن كيرة: "كان التقليد جاريًا على النظر إلى اصطلاح الأحوال الشخصيَّة نظرة واسعة تبسطه على كل ما قد يمت إلى الدين بصلة حتى ولو كانت بعيدة، ممَّا أدرج تحت هذا الاصطلاح مسائل لا تدخل بطبيعتها في مدلوله؛ كالهبة، والميراث، والوصية... وينبغي أن يراعي – بصدد تحديد نطاق الأحوال الشخصيَّة – أن الهبة لم تعد تعتبر اليوم من مسائل الأحوال الشخصيَّة كما كان التقليد جاريًا على ذلك من قبل، وإنما تعتبر من مسائل الأحوال المدنية، كما تقضي بذلك طبيعتها، فقد عني التقنين المدني الجديد بتفصيل أحكامها وشروطها الموضوعية والشكلية باعتبارها عقدًا من العقود، إذ عرض لها في كتابه الثاني المُخصّص بالعقود (هكذا، ولعلها: للعقود) المسماة في الباب الأول منه المُخصّص للعقود التي تقع على الملكية، وعلى هذا النحو يمكن أن ترد مسائل الأحوال الشخصيَّة إلى مجموعات ثلاث: (١) المسائل المتعلّقة بالحالة والأهلية والولاية على المال. (٢) المسائل المتعلّقة بالأسرة. (٣) المسائل المتعلّقة بالمواريث والوصايا"[3].

أما القانون اليمني، فلم يرد فيه تعريف محدد للأحوال الشخصيَّة أو مسائلها، ولكن يمكن الاستهداء في معرفة مسائل الأحوال الشخصيَّة فيه من خلال ما تضمنه هذا القانون من الموضوعات، فقانون الأحوال الشخصيَّة تضمن ستة كتب، هي: –

---

(١) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة ، ١٩٩.

(٢) السابق، ١٩٨.

(٣) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ١٩٨ ـــ ٢٠٠.

الكتاب الأول: بعنوان: "الخطبة، وعقد الزواج"، اشتمل على: الخطبة، وأحكام عقد الزواج، وأركانه، وشروطه، والولاية فيه، وموانعه، والحقوق الزوجية.

والكتاب الثاني: جاء بعنوان: "انحلال الزواج وأحكامه"، وتضمن: فسخ النكاح، والطلاق، والخلع، والرجعة، والعدة، والاستبراء، والظهار، والإيلاء، واللعان، والمفقود.

وجاء الكتاب الثالث: بعنوان: "القرابة وأحكامها"، وتضمن: النسب، والرضاعة، والحضانة، والكفالة بعد انتهاء الحضانة، والنفقات.

أما الكتاب الرابع: فقد جاء بعنوان: "الهبة ومشتبهاتها"، وتضمن: الهبة، والمشتبهات بها؛ كالهدية والصدقة والنذر.

وجاء الكتاب الخامس: بعنوان: "الوصية"، وتضمن أحكامها.

أما الكتاب السادس، فقد جاء بعنوان: "المواريث"، وتضمن أحكامها.

ومن خلال هذا العرض يمكن للباحث استنتاج أن مسائل الأحوال الشخصيَّة في القانون اليمني نوعان: -

النوع الأول: مسائل متعلِّقة بأحوال الأسرة، وهي: مسائل الزواج، وانحلاله، ومسائل القرابة.

النوع الثاني: مسائل متعلِّقة ببعض الأحوال المالية، وهي: الوصية، والمواريث، والهبة، والصدقة، والنذر، والهدية.

وبهذا الاعتبار فإن الهبة تدخل في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني؛ لما فيها من التبرع القائم على الصدقة المندوب إليها في الشريعة الإسلامية.

ومضمون الأحول الشخصيَّة، يسمى: (فقه الأسرة)، ومعناه: "الفقه المتعلق بتنظيم الأسرة الإسلامية، وهذا الفقه يشتمل على الأحكام والقواعد التي تنظم الأسرة المسلمة، فتُبيِّن أحكام الزواج، والطلاق، والنفقات، والحضانة، والولاية، وكل ما يتعلق بالأسرة، والفرد، باعتباره لبنة الأسرة، فتُبيِّن أحكام أهلية الوجوب، وأهلية

الأداء، وعوارض الأهلية، والذمة المالية للشخص...هذا ويلحق بهذا النوع في الاصطلاح الحديث:الأحكام والقواعد التي تنظم المواريث، والوصايا، والوقف، إذ يجمع هذه الأحكام كلها في الاصطلاح الحديث: الأحوال الشخصيَّة"[1].

ويقول الدكتور/ يوسف قاسم عن أحكام الأسرة: إنها " مجموعة الأحكام التي تُنَظِّمُ الأسرة من بدء تكوينها، بل إنها تُبَيِّن الأحكام الخاصَّة بالإنسان من حين ولادته إلى حين وفاته وتقسيم تركته بين ورثته الشرعيين، وهذه المجموعة من الأحكام هي التي تسمى أحيانا بالأحوال الشخصيَّة، وهي: أحكام الزواج، والطلاق، والنفقات، والحجر، والولاية، والمواريث، والوصية، والوقف"[2]

معنى القانون الجنائي: (قانون الإجراءات الجزائيَّة، وقانون الجرائم والعقوبات)

القانون الجنائي: هو مجموعة القواعد التي تحدد الجرائم، وتبين العقوبات المقررة لكل منها، والإجراءات التي تُتَّبَع في تَعَقُّب مرتكبي الجرائم، ومحاكمتهم، وتنفيذ العقوبة فيهم[3]، والقانون الجنائي بذلك يشتمل على نوعين من القواعد: –

النوع الأول: قواعد موضوعية، وهي التي تحدد الجرائم وتحدد عقوباتها، وتعرف باسم قانون العقوبات[4]، وهو ينقسم على قسمين: القسم العام، والقسم الخاص.

أما القسم العام: فيشمل القواعد التي تحدد الأحكام العامَّة للجريمة والعقوبة، فَيُبَيِّن أنواع الجرائم، وأركان الجريمة، كما يتضمن القواعد التي تنظم العقوبة من حيث

---

(١) خصائص التشريع الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي) بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، تصدر عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، السنة التاسعة، العدد (٢٤)، رجب ١٤١٥ هـ – ديسمبر ١٩٩٤ م، ٨٥.

(٢) مبادئ الفقه الإسلامي، ٣٢.

(٣) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٢٤٩، والمدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٧٤، ٧٥؛ الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ٧٤.

(٤) المراجع السابقة، نفس الصفحات.

أنواعها، وحالات تعددها، وسقوطها، والتخفيف أو الإعفاء منها[١].

وأما القسم الخاص: فيشمل القواعد الخاصَّة بكل جريمة من الجرائم على حدة، ويُبَيِّنُ أركانها، وصورها المختلفة، والعقوبة التي توقع على مرتكبيها[٢].

النوع الثاني: قواعد شكلية، وهي التي تُبَيِّن إجراءات التحقيق في الجرائم، وإجراءات المحاكمة الجنائيَّة، وطرق تنفيذ العقوبات المحكوم بها، وتعرف هذه القواعد باسم قانون الإجراءات الجنائيَّة[٣].

والغرض من قانون الإجراءات الجنائيَّة هو بيان الأوضاع التي تتبع لتطبيق أحكام قانون العقوبات، لذلك فإنها تقتصر على الإجراءات الشكلية الواجب اتباعها لتطبيق قانون العقوبات[٤].

وقانون الجرائم والعقوبات يقابله ما يسمى: "فقه العقوبات"[٥]، أو: " أحكام الجناية والعقوبة"[٦]، وهو يشتمل على الأحكام والقواعد التي تتعلق بالمحافظة على الأمن الداخلي للمجتمع الإسلامي، ومنع الاعتداء على الأنفس والأعراض والأموال، ومنع الظلم بصفة عامة، فهي تبين الحدود الشرعيَّة والقصاص والتعازير[٧]، ويدخل في هذا النوع من الفقه: الأحكام والقواعد التي تبين طريقة محاكمة المتهم والحكم

---

(١) وأركان الجريمة هي: وقوع فعل محرم، وأن يكون هذا الفعل قد وقع من شخص توافرت فيه أهلية تحمل المسئولية الجنائيَّة، وأن يكون هناك نص قانوني يجعل من هذا الفعل جريمة معاقبا عليها. انظر:[المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٧٥]

(٢) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٧٥؛ الوجيز في مدخل القانون، د. الشامي،٧٤.

(٣) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٢٤٩؛ المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج،٧٥، ٧٦، الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ٧٤.

(٤) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٧٦

(٥) خصائص التشريع الإسلامي، (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي) د. عباس حسني، ص٨٦.

(٦) مبادئ الفقه الإسلامي د. يوسف قاسم، ٣٣

(٧) خصائص التشريع الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي) د. عباس حسنى،٨٦.

عليه وتوقيع العقوبة، وهو يقابل ما يسمى: "قانون الإجراءات الجزائية"[1].

نبذة مختصرة عن حركة التقنين في اليمن:

التقنين بمعناه الاصطلاحي – الذي يُرادُ به: وضع الأحكام في نصوص تشريعية محددة[2] – يعتبر في اليمن أمرًا حديثًا نسبيًّا، حيث نشطت حركة التقنين في اليمن من بعد ثورة ٢٦ سبتمبر ١٩٦٢م في شتّى المجالات، ويُعتبر أقدم تقنين في اليمن هو ذلك الخاص بالتجريم والعقاب، فقد أصدر أول قانون في هذا المجال في عام ١٩٦٣م، وهو القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٦٣م في شأن "بعض القواعد المتعلّقة بالعقاب"، ثم القانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٦٣م في شأن "الجرائم المُضِرَّة بالمصلحة العامّة".

وسيقتصر الحديث في هذا الموجز على القوانين ذوات الصلة بموضوع البحث؛ كالقانون المدني، وقانون الأحوال الشخصيّة، وقانون الإجراءات الجزائيّة، وقانون الجرائم والعقوبات.

ففي المعاملات الشرعيّة صدر القانون المدني بكتبه الأربعة، حيث صدر الكتاب الأول منه بالقانون رقم (١٠) لسنة ١٩٧٩م، وتضمن الأحكام العامّة في المعاملات، وصدر الكتاب الثاني بالقانون رقم (١١) لسنة ١٩٧٩ في شأن الحق والالتزام به، بينما صدر الكتاب الثالث بالقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٨٣م في شأن العقود المسماة، وصدر الرابع بالقانون رقم (١٧) لسنة ١٩٨٣م في شأن الملكية وما يتفرع عنها، وبعد اتفاق إعلان الجمهورية اليمنية وتحقيق الوحدة في ٢٢ إبريل سنة ١٩٩٠م، صدر القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م بشأن القانون المدني، وألغي ما

---

(١)خصائص التشريع الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي) د. عباس حسني ، ٨٦

(٢) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني وفقًا لمشروع القانون الشرعي للجرائم والعقوبات، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، دار المنار للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ١٤١٤هـ -١٩٩٣م، ١٠٠.

كان يعرف بالقوانين الشطرية، منعًا لتضارب النُصوص حيث أُلغيَت القوانين رقم (١٠) و(١١) لسنة ١٩٧٩م و(١٦) و(١٧) لسنة ١٩٨٣م بشأن القانون المدني الصادر بصنعاء، وأُلغي القانون رقم (٨) لسنة ١٩٨٨م بشأن القانون المدني الصادر في عدن[1]، وصدر القانون المدني الحالي بتاريخ ٢٧ محرم ١٤٢٣هـ - الموافق ١٠ إبريل ٢٠٠٢م، وسمي: بالقانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني، ونصت مادته رقم (١٣٩٢) على أنه: "يلغى القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م بشأن القانون المدني.

وفي مجال الأحوال الشخصيَّة صدر قانون المواريث رقم (٢٤) لسنة ١٩٧٦م، وقانون الوقف بالقانون رقم (٧٨) لسنة ١٩٧٦م، وقانون الهبة بالقانون رقم (٧٧) لسنة ١٩٧٦م[2]، وقانون الأسرة رقم (٣) لسنة ١٩٧٨م، ثم صدر قانون الأحوال الشخصيَّة رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م الذي طرأ عليه تعديلات بموجب القانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م، والقانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٩٩م، والقانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠٠٣م.

وفي مجال الإجراءات الجزائيَّة صدر القانون رقم (٥) لسنة ١٩٧٩م بشأن الإجراءات الجزائيَّة[3]، وأُلغِيَ هذا القانون بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائيَّة الذي نصَّت مادته رقم (٥٦٦) على إلغاء ذلك القانون ولائحة الإجراءات الجنائيَّة الصادرة في عدن.

وفي مجال الجرائم والعقوبات صدر أول قانون في عام ١٩٦٣م، وهو القانون رقم (٢١) لسنة ١٩٦٣م في شأن "بعض القواعد المتعلِّقة بالعقاب"، وهذا هو أقدم تقنين وُضِعَ في اليمن، ثم صدر القانون رقم (٢٢) لسنة ١٩٦٣م في شأن

---

(١) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ٩٠.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

(٣) السابق، ص٨٩.

"الجرائم المضرة بالمصلحة العامّة"، ثم صدر بعد ذلك قانون عقابيٌ شامل، هو القانون رقم (١٥) لسنة ١٩٧٥م، وأُطلِقَ عليه اسم: "قانون العقوبات العسكري"، غير أن هذه التسمية لا تخفي حقيقته، فهو تقنين عقابي وضعي شامل نَظَّمَ أحكام التجريم والعقاب بتفصيل وافٍ، فلم يضع شيئًا من الأحكام العسكرية إلاّ في الباب الثالث عشر منه تحت عنوان: "الجرائم والعقوبات ذات الطابع العسكري"، ولكن نظرًا للحاجة إلى صياغة تشريع عقابي مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية فقد عنيت الهيئة العلميّة لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية ـ المُشَكَّلَة لأول مرة بموجب قرار مجلس القيادة رقم (٧٤) لسنة ١٩٧٥م، ثم أعيد تشكيلها مرات متتابعة بقرارات جمهورية ـ بوضع مشروع هذا التشريع وأُطلِقَ عليه اسم: "مشروع قانون الجرائم والعقوبات الشرعيَّة"، ثم طرأ على هذا المشروع تعديل هام شمل اسمه وبعض أحكامه، فأصبح أكثر دقة وانضباطًا وانسجامًا مع أحكام الشريعة الإسلامية بصفة عامة، وبعد قيام دولة الوحدة تم وضع مشروع ثالث لقانون العقوبات لا يبتعد كثيرًا عن اتّجاه المشروعين السابقين من حيث التزامه بقواعد الشريعة الإسلامية، ومن الجدير بالذكر أنه كان للدولة اليمنية التي كانت في جنوب اليمن قانون عقوبات شامل صدر في ٩ مارس سنة ١٩٧٦م[١]، وصدر القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات، تم بموجبه إلغاء القانون رقم (٣) لسنة ١٩٧٦م بشأن العقوبات الصادر في عدن وتعديلاته، ثم صدر تعديل للمادة (٤٠) منه بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥م، وتعديل آخر بالقانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٦م.

---

(١) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٠-١٢.

المبحث الثالث

أقسام القواعد في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني

أولاً: أقسام القواعد في الشريعة الإسلامية

القواعد في الشريعة الإسلامية تنقسم ـ بحسب الموضوع، وبحسب الشمول، وبحسب أصالتها أو تفرعها عن غيرها ـ إلى الأقسام التالية: -

الفرع الأول: أقسام القواعد بحسب الموضوع

القواعد تنقسم بحسب الموضوع إلى خمسة أقسام، هي: -

القسم الأول: قواعد أصولية.

القسم الثاني: قواعد فقهية.

وقد سبق تعريف هذين القسمين، وهما من أبرز التقسيمات للقواعد، وهذا أمر معلوم مشار إليه في كلام القرافي السابق الذي قال فيه: "...إن الشريعة المعظمة المحمدية – زاد الله تعالى منارها شرفًا وعلوًا – اشتملت على أصول وفروع، وأصولها قسمان: أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلاّ قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ، والترجيح، ونحو الأمر للوجوب، والنهي للتحريم... والقسم الثاني: قواعد كلية، فقهية، جليلة، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه"[1].

القسم الثالث: قواعد لغوية

وهي القواعد المأخوذة ممًا قرره علماء اللغة في طرق دلالات الألفاظ

---

(١) الفروق، ١/٢-٣.

على معانيها بمنطوقها ومفهومها[1]، حيث يرجع إليها علماء الشريعة الإسلامية لدقتها في فهم النصوص الشرعيَّة، وهذه القواعد تعتبر قواعد أصولية استثمرها العلماء في فهم الأحكام من النصوص بمهارة واقتدار لإزالة خفاء النصوص وتفسيرها وتأويلها[2]، ولذلك حظيت هذه القواعد بمكانة مرموقة في كتب أصول الفقه، وهو ما يفهم من كلام القرافي السابق الذي قال عن أصول الفقه:"هو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة..."

القسم الرابع: قواعد مقاصدية

وهي القواعد التي يتجلى فيها مقصد الشارع العام من تشريع الأحكام، وما أنعم الله به على عباده من رعاية مصالحهم، فالشارع وضع الشريعة وأمر الناس باتباعها، لما فيها من إصلاح معاشهم ومعادهم، وهذه القواعد تُستثمَر في فهم الأحكام من نصوصها، وفي الاستنباط فيما لا نص فيه[3]؛ لفهم مقصد الشارع من تشريع الأحكام، والعمل على تحقيق المصالح التي أرادها من التشريع، غير أنه لمَّا كانت لهذه القواعد علاقة بالمقاصد التي رمى إليها الشارع بتشريعه الأحكام فإن هذه القواعد تسمى: القواعد الأصولية المقاصديَّة[4]، أو القواعد الأصولية التشريعيَّة[5]، كما توصف هذه القواعد بأنها قواعد معنوية شرعية[6]؛ لتعلُّقها بالمعاني والحِكَم الملحوظة للشارع من تشريع الأحكام، ومن أمثلة تلك القواعد: قاعدة "**المشقة تجلب التيسير**"[7]، فهي من القواعد الأصولية المقاصديَّة، حيث يتجلى فيها مقصد هام من مقاصد الشارع من تشريع الأحكام، وهو رفع الحرج والمشقة.

---

(١)علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ٩، أصول التشريع الإسلامي، لعلي حسب الله، ٣.

(٢)علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ٩.

(٣)علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ٩، أصول التشريع الإسلامي، لعلي حسب الله،٣.

(٤)القواعد الشرعيَّة، لأستاذنا الدكتور/عبد اللطيف عامر، ٢٨.

(٥)علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ٩.

(٦)أصول التشريع الإسلامي، لعلي حسب الله، ٣.

(٧) ستأتي دراسة هذه القاعدة تفصيلاً.

القسم الخامس: قواعد كلامية

وهي القواعد التي تنطلق من علم الكلام، وتبتنى عليها فـروع فقهيـة[1]؛ مثل: قاعدة "**لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع**"[2].

الفرع الثاني:أقسام القواعد بحسب الشمول

القواعد من حيث شمولها وسعة استيعابها للفروع والمسائل الفقهية تنقسم إلى ثلاثة أقسام هي: —

القسم الأول: قواعد ذوات شمول عام للفروع

وهي القواعد الخمس الكبرى[3]، وهي: "**الأمور بمقاصدها**"[4]، و"**اليقـين لا يرفع بالشك**"[5]، و"**المشقة تجلب التيسير**"[6]، و"**الضرر يزال**"[7]، و"**العادة مُحَكَّمَة**"[8]،

---

(١)القواعد الشرعيَّة، لأستاذنا الدكتور/ عبد اللطيف محمد عامر، ٣٣.

(٢) سيأتي شرح هذه القاعدة تفصيلاً في الباب الأول.

(٣)الأشباه والنظائر، لابن السبكي، ١٢/١، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعيَّة، تأليف: جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، (ت٩١١هـ) تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، منشورات: محمد علي بيضون لنشر كتب السنة والجماعة، دار الكتب العلميَّة، بيروت ــ لبنان، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ٣٣/١، جامعة الفوائد في الضوابط والقواعد، تأليف: السيد أبو طاهر محمود السواكني الأزهري، ط١، ١٣٧٤هـ -١٩٥٤م، مطبعة الاستقامة بالقاهرة، ٣.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٤؛ الأشباه والنظائر، لابن السبكي، ٥٤/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٣٤/١، ٣٥.

(٥) الأشباه والنظائر، لابن السبكي، ١٣/١.

(٦) الأشباه والنظائر، لابن السبكي، ٤٨/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٣٣/١.

(٧) الأشباه والنظائر، لابن السبكي، ٤١/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٣٤/١.

(٨) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٣٤/١.

والتي تسمى أيضا قاعدة: "**الرجوع إلى العادة**"[1]، ويلحق بهنَّ قاعدة: "**لا ثواب إلا بالنِّيَّة**"[2].

وهذا النوع من القواعد يُمثِّل المرتبة الأولى في الشمول والسعة؛ نظرًا للشمول العام الواسع لهذه القواعد، حيث يندرج تحت كل قاعدة منها فروع لا تعد ولا تحصى في جل أبواب الفقه ومسائله وأفعال المكلَّفين [3]، ولذلك تأتي في مقدمة دراسة القواعد، كما فعل تاج الدين السبكي[4] وغيره[5].

القسم الثاني: قواعد أقل شمولاً للفروع.

وهي القواعد الكلية التي يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصور الجزئية[6]، فهي ذوات شمول وسعة، حيث يندرج تحت كل منها أعداد لا تحصى من مسائل الفقه في الأبواب المختلفة[7]، ولذلك توصف بأنها "القواعد العامَّة سوى الخمس المتقدمة"[8]، وحيث إنَّ هذه القواعد لم تكن ذوات شمول وسعة عظيمة للفروع كالقواعد الخمس الكبرى، فإنها تأتي في المرتبة الثانية بعد القواعد الخمس[9] من حيث الشمول، فهي وإن كانت ذوات شمول وسعة إلا أنها قواعد أضيق مجالاً من

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن السبكي، ١/٥٠.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٤.

(٣) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي البورنو، ٢٦؛ المقاصد الشرعيَّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز عزام، ١٣.

(٤) الأشباه والنظائر، ١/١٢.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١-٤، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٥ -٢١٩.

(٦) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١، ٤، ١٤، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٢٢٥-٣٥٢.

(٧) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي البورنو، ٢٦، المقاصد الشرعيَّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز عزام، ١٣.

(٨) الأشباه والنظائر، لابن السبكي، ١/٩٤.

(٩) السابق، ١/٩٤.

سابقاتها[1]، ومن أمثلة هذا النوع: قاعدة "**درء المفاسد أولى من جلب المصالح**"[2]، وقاعدة "**تَصَرُّف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة**"[3]، وقاعدة "**الولاية الخاصَّة أقوى من الولاية العامَّة**"[4]، فمثل هذه القواعد يتخرج عليها فروع كثيرة من المسائل الفقهية، ولكنها ليست بقوة القواعد الخمس الكبرى التي يتخرج عليها فروع كثيرة تدخل في جُلّ أبواب الفقه.

القسم الثالث: قواعد ذوات مجال ضيق للفروع.

وهي القواعد التي لا عموم فيها للفروع، حيث يكون مجالها في الفروع خاصًّا بباب من أبواب الفقه، أو بجزء باب، ولذلك تسمى: "القواعد الخاصَّة"[5]، ويراد بها: "القواعد التي يغلب عليها التعلق بجانب خاص من الجوانب الشرعيَّة"[6]، ونظرًا لتعلقها بجانب خاص من جوانب الفقه فإنها تأتي في مرتبتها بعد القواعد الخمس وبعد القواعد الكلية الداخلة في كثير من الفروع[7]؛ ولذلك فإن هذا النوع يسمَّى: "ضوابط"، جمع ضابط أو ضابطة، فهي محصورة في جانب معين من الأبواب الفقهية، وفي هذا يقول تاج الدين السبكي: فالقاعدة "الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منها، ومنها: ما لا يختص بباب؛ كقولنا: اليقين لا يرفع بالشك، ومنها: ما يختص بباب؛ كقولنا: كُلّ كفَّارة سببها معصية فهي على

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي البورنو، ٢٦.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن السبكي، ١/١٠٥.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٢٦٩.

(٤) السابق، ١/٣٣٣.

(٥) الأشباه والنظائر، لابن السبكي، ١/٢٠٠.

(٦) القواعد الشرعيَّة ودورها في ترشيد العمل الإسلامي، د. محمد أبو الفتح البيانوني، كتاب الأمة، صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بقطر العدد (٨٢) ربيع الأول ١٤٢٢هـ ـ السنة (٢١)، ٤٧.

(٧) الأشباه والنظائر، لابن السبكي، ١/٢٠٠؛ وانظر: [الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي البورنو، ٢٧].

الفور، والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطًا"[1]، ومثله قال ابن النجار الحنبلي[2].

ومن أمثله هذا النوع: قاعدتين ذكرهما تاج الدين السبكي، وهما: "**كُلُّ ميتة نجسة إلا السمك والجراد بالإجماع، والآدمي على الأصح**"، و"**الأصل في الميتات النجاسة، ويستثنى السمك والجراد...**"، فهاتان القاعدتان خاصتان بباب من أبواب الفقه، هو باب الطهارة[3]، ولكن إذا كان الضابط من أنواع القواعد فإنه ليس في مرتبتها، وبينهما فروق، وسيأتي دراسة ذلك تفصيلاً.

الفرع الثالث: أقسام القواعد من حيث كونها أصلية أو فرعية

تنقسم القواعد من حيث كونها أصلاً لغيرها أو متفرعة عن غيرها على قسمين، هما:-

القسم الأول: قواعد أصلية.

وهي القواعد التي يندرج تحتها بعض القواعد وليست متفرعة عن غيرها، وتسمى: "قواعد أساسية"[4] أو "رئيسية"[5]، ومن أمثلة هذا النوع: القواعد الخمس الكبرى التي يندرج تحت كل منها عدّة قواعد؛ كقاعدة: "**العادة مُحَكَّمَة**" التي يتفرع عنها عدّة قواعد[6]، ويدخل في هذا النوع أيضًا: قواعد غير الخمس؛ مثل قاعدة:

---

(١) الأشباه والنظائر، ١/١١.

(٢) شرح الكوكب المنير، ١/٣٠.

(٣)الأشباه والنظائر، ١/٢٠٠

(٤) القواعد الشرعيّة ودورها في ترشيد العمل الإسلامي، د. محمد أبو الفتح البيانوني، ٤٥ (سبق الإشارة إليه).

(٥) القواعد الشرعيّة وتطبيقاتها على المعاملات المالية المعاصرة، د. محمد عبد الحليم عمر، طبع بمطبعة مركز صالح كامل للاقتصاد الإسلامي، جامعة الأزهر – القاهرة، ٢٠٠٣م، الحلقة النقاشية (١٨) من سلسلة الحلقات النقاشية، ٢٠.

(٦) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي البورنو، ٢٧.

"تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"، فإنها ليست مندرجة تحت أي قاعدة وليست متفرعة عن غيرها[1].

القسم الثاني: قواعد فرعية

وهي القواعد المتفرعة والمندرجة تحت غيرها[2]؛ كالقواعد المندرجة تحت القواعد الكبرى، كما هو واضح من التمثيل في النوع الأول.

ومن خلال هذا العرض يتضح أن القواعد ليست نوعًا واحدًا، ولا كلها في مرتبة واحدة، بل تتنوع وتختلف مراتبها، تبعًا لموضوعها، وشمولها، وأصالتها.

ثانيًا: أقسام القواعد في القانون اليمني

لم يغفل القانون اليمني القواعد الأصولية والفقهية، بل جاء ذكرها متصدرًا القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني، الذي أورد عددًا من تلك القواعد في الكتاب الأول "الأحكام العامة في المعاملات"، وقد جاءت تلك القواعد عنوانًا للباب الأول منه باسم: "القواعد الأصولية والعامة والكلية في تطبيق القانون"، تضمن هذا الباب تسعة عشر مادة قانونية متتالية من المادة الأولى إلى المادة التاسعة عشرة، اشتملت على كثير من القواعد الأصولية والفقهية المختلطة ببعضها، حيث تأتي قاعدة أصولية بجانب قاعدة فقهية، أو العكس، كما أن تلك القواعد ليست مرتبة لا بحسب موضوعها، ولا بحسب شمولها؛ ولهذا كان لابدَّ من ترتيبها وتقسيمها لمعرفة القواعد الأصولية من القواعد الفقهية ولمعرفة مراتبها، وبناءً عليه فإنه يمكن للباحث تقسيم القواعد في القانون اليمني على النحو التالي: -

الفرع الأول: أقسام القواعد بحسب الموضوع

يمكن تقسيم القواعد – بحسب الموضوع – في القانون اليمني إلى أربعة

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي البورنو ، ٢٧.

(٢) المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية، د. نصر فريد واصل، ١٩١

أقسام هي: -

القسم الأول: قواعد أصولية.

وهذه القواعد نجد أمثلتها في بعض المواد، من ذلك: -

١- قاعدة: "**الأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره**"، وهذا النّصّ ورد في المادة رقم (١١) من القانون المدني المذكور، وهي قاعدة أصولية؛ لأنها تتعلق بالاستصحاب كما سيأتي.

٢- قاعدة: "**الأصل في الأشياء الإباحة**"، وهذا النّصّ ورد أيضًا في نفس المادة من نفس القانون، وهي قاعدة أصولية تتعلق بحكم الأشياء بعد البعثة، وهي من القواعد الأصولية أيضًا.

٣- قاعدة: "**إذا اجتمع التحليل والتحريم غُلِّبَ جانب التحريم**"، وهذه القاعدة وردت بنصّها في المادة رقم (١٢) من نفس القانون، وهي من القواعد الأصولية المتعلّقة بالحكم الشرعي.

القسم الثاني: قواعد فقهية

ومن أمثلة هذه القواعد ما يلي: -

١ - قاعدة: "**الضرر يجب أن يزال**" التي وردت بهذا النّصّ في المادة رقم (٤) من نفس القانون.

٢ - قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" الواردة بنصها هذا في المادة رقم (٦) من نفس القانون.

٣ - قاعدة: "**تصرف الدولة منوط بالمصلحة**" الواردة بنصها في المادة رقم (١٥) من نفس القانون.

القسم الثالث: قواعد لغوية

ومن أمثلة هذا النوع ما يلي: -

١- قاعدة **الأخذ بالمفهوم والمنطوق**، التي تفهم من خلال المادة الأولى من نفس القانون، التي نصَّت على أنه: "يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظًا ومعنى..."، أي منطوقًا، ومفهومًا، وهذه القاعدة من القواعد اللغوية التي تستثمر لفهم النصوص الشرعيَّة والقانونية.

٢- قاعدة **فهم مقاصد الألفاظ**، والتي عبرت عنها المادة رقم (٦) من نفس القانون بلفظ: "العبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"، وهذه القاعدة من القواعد اللغوية التي تتبع في فهم الألفاظ، ذلك: "أن الألفاظ الصريحة تعامل بصريح ألفاظها، لا الكنايات، فالعبرة فيها بما قصد به المتكلم"(١).

٣- قاعدة: "**يجب إعمال الكلام في مقاصده**"، والتي وردت بهذا النَّصّ في المادة رقم (٨) من نفس القانون، وهي قاعدة أصولية لغوية مؤكدة لسابقتها.

القسم الرابع: قواعد مقاصدية.

وهي القواعد التي يفهم منها المقصد من تشريع الأحكام؛ كرعاية مصالح الناس والتخفيف عنهم ورفع الحرج، ومن أمثلة هذا النوع من القواعد ما يلي: -

١- **قاعدة رفع الحرج**: التي نصَّت عليها المادة رقم (٣) من نفس القانون بقولها:"الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية مصالح الناس، ودرء المفاسد عنهم، والتيسير في معاملاتهم، وعدم تكليفهم بما يشق عليهم ويوقعهم في الضيق والحرج بما يخالف الشريعة الإسلامية".

٢- قاعدة: "**درء المفاسد مُقَدَّم على جلب المصالح عند التعارض**"، التي وردت في نص المادة رقم (٤) من نفس القانون.

---

(١) تقرير لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية حول مشروع تعديل القرار الجمهوري رقم ١٩ لسنة ٩٣ بشأن إصدار القانون المدني، الكتاب الأول المرفوع إلى مجلس النواب، برقم ١/٢٠٠٠، بتاريخ ٢٠٠٠/٦/١٢م، ٥.

الفرع الثاني: أقسام القواعد بحسب الشمول

يمكن تقسيم القواعد الواردة في القانون المدني اليمني في المادة الأولى إلى المادة التاسعة عشرة بحسب الشمول من عدمه إلى نوعين فقط هما: -

النوع الأول: قواعد ذوات شمول واسع للفروع.

وهذه القواعد هي القواعد الخمس الكبرى التي تمثل المرتبة الأولى في شمولها للفروع في الشريعة الإسلامية، وهذه القواعد مذكورة في القانون المدني اليمني على النحو التالي: -

١ - قاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**" التي لم يوردها القانون المدني بهذا النص كما هو الشأن عند علماء الشريعة الإسلامية، وإنما أوردها في المادة رقم (٣) بعبارة "الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية مصالح الناس، ودرء المفاسد عنهم، والتيسير في معاملاتهم، وعدم تكليفهم بما يشق عليهم ويوقعهم في الضيق والحرج، بما يخالف الشريعة الإسلامية"، وكان الأولى الاختصار في هذه القاعدة؛ لأن من سمات القواعد الصياغة الموجزة.

٢ - قاعدة: "**الضّرر يجب أن يزال**" الواردة بهذا النصّ في المادة رقم (٤) من نفس القانون.

٣ - قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" الواردة بهذا النصّ في المادة رقم (٦) من نفس القانون.

٤ - قاعدة "**اليقين لا يُزال بالشك**" الواردة بهذا النصّ في المادة رقم (٩) من نفس القانون.

٥ - قاعدة: "**العادة مُحكَّمَة**" التي عَبَّر القانون المدني اليمني عنها في المادة رقم (١٢) بقوله: "الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيتها ما أقره الشرع، ثم ما جرى به عُرف الناس وتراضوا عليه ما لم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال... وكل حكم مبني على عرف أو عادة يتغير بتغير ذلك العرف، ويزول بزوال تلك العادة".

النوع الثاني: قواعد أقل شمولاً للفروع

وهذه القواعد تأتي في المرتبة الثانية من حيث شمولها للفروع بعد القواعد الخمس الكبرى، وهي التي سمّاها العلماء: "القواعد العامّة" أو "الكلية" سوى الخمس المتقدمة، كما سبق، ومن أمثلتها في القانون المدني اليمني ما يلي: -

١- قاعدة: "**درء المفاسد مقدمٌ على جلب المصالح عند التعارض**" الواردة بنصها في المادة رقم (٤) من نفس القانون.

٢- قاعدة: "**تصرف الدولة منوطٌ بالمصلحة**" الواردة بنصها في المادة (١٥) من نفس القانون.

٣- قاعدة: "**الولاية الخاصّة أقوى من الولاية العامّة**" الواردة بنصها في نفس المادة من القانون ذاته.

الفرع الثالث: أقسام القواعد من حيث كونها أصلية أو متفرعة عن غيرها

على الرغم من أن تقسيم القواعد في القانون اليمني – من حيث كونها أصلية أو متفرعة من غيرها – أمر غير واضح وغير مرتب، إلا أن الباحث يرى أنه لابد من تقسيمها، وذلك على النحو التالي:-

القسم الأول: قواعد أصلية

وهذه القواعد ليست متفرعة عن غيرها باعتبارها قواعد أساسية (رئيسة)؛ كالقواعد الخمس الكبرى، فهي قواعد أصلية ليست متفرعة عن غيرها، ومن أمثلتها في القانون اليمني ما يلي:

١- **قاعدة رفع الضرر**: التي نصَّ عليها القانون المدني اليمني في المادة الرابعة بقوله: "الضرر يجب أن يُزال"، فهي قاعدة أصلية يندرج تحتها عدة قواعد تؤكد دفع الضرر؛ مثل: قاعدة "**درء المفاسد مقدم على جلب المصالح**"، وقاعدة "**الضرورات تبيح المحظورات**".

٢- **قاعدة اعتبار مقاصد المكلفين في أقوالهم وأفعالهم**: التي نصَّ عليها القانون

المدني اليمني في مادة السادسة بقوله: "**الأمور بمقاصدها**".

٣- **قاعدة إعمال اليقين وطرح الشكوك**: التي نص عليها القانون المدني اليمني في مادته التاسعة بقوله: "**اليقين لا يُزال بالشك**".

القسم الثاني: قواعد فرعية

وهي القواعد المتفرعة والمندرجة تحت غيرها، ومن أمثلتها في القانون اليمني: القواعد المتفرعة عن القواعد الخمس الكبرى، وإليك التمثيل لذلك:

١- **قاعدة إباحة المحظورات عن الضرورات**: التي نصَّت عليها المادة الرابعة من القانون المدني اليمني بقولها: "**الضرورات تبيح المحظورات**"، فهذه القاعدة مندرجة تحت قاعدة: "**الضرر يُزال**" باعتبار أن في إباحة المحظورات عند الضرورات رفع ضرر عن الخلق.

٢- **قاعدة اعتبار المقاصد والألفاظ في العقود والتصرفات دون اعتبار الألفاظ وحدها**: التي نصت عليها المادة السادسة من القانون المدني اليمني بقولها: "**العبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني**"، فهذه القاعدة مندرجة تحت قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" على اعتبار أن هذه القاعدة تفسر الإجمال الوارد في قاعدة "**الأمور بمقاصدها**" من جهة أن المقاصد معتبرة في العقود والتصرفات، وهذه المقاصد تُفهم من خلال ألفاظ العقود والتصرفات.

٣- **قاعدة عدم رفع الأمر الثابت بيقين إلا بيقين مثله**: التي نصت عليها المادة التاسعة من القانون المدني اليمني بقولها: "**ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين**"، فهذه القاعدة متفرعة من قاعدة كبرى؛ هي: "**اليقين لا يُزال بالشك**".

المقارنة والاستنتاج

من خلال ما سبق عرضه لأقسام القواعد في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني، وبالمقارنة بينهما، نستنتج ما يلي: -

١ - أن النوع الثالث من القواعد المسمى عند العلماء بالضوابط لم يرد في القانون

المدني اليمني في الباب الأول منه، الذي جاء بعنوان "القواعد الأصولية والعامّة والكلية في تطبيق القانون"، ويبدُو أن ذلك راجع إلى كونها خاصة ببعض الجوانب القانونية الخاصَّة، وباعتبار أن أحكام كل فرع من فروع القانون – كالقانون المدني، وقانون الأحوال الشخصيَّة، وقانون الإجراءات الجزئية، إلى آخر القوانين الخاصَّة – يتضمن الأحكام الخاصَّة بذلك القانون.

٢ – أن القانون المدني اليمني في الباب الأول منه استخدم المصطلحات الشرعيَّة للقواعد، حينما جعل عنوان ذلك الباب "القواعد الأصولية والعامَّة والكلية في تطبيق القانون"، ولكنه لم يُمَيِّز بين القواعد الكلية الخمس الكبرى، ولا بين ما دُونَها من القواعد، بل استخدم لفظة: "العامَّة" و"الكلية" دون تمييز للنوعين، وكان الأولى أن يكون العنوان "القواعد الأصولية والقواعد الكلية الكبرى والقواعد العامَّة"، بحيث تتميز القواعد الخمس الكبرى بمصطلح "القواعد الكلية الكبرى" باعتبار أنها تدخل في أكثر الفروع، وتتميز القواعد الكلية غير الخمس الكبرى بمصطلح "القواعد العامَّة" باعتبار أنها تدخل في فروع كثيرة ولكنها دون القواعد الخمس الكبرى.

٣ – أن تقسيم القواعد من حيث كونها أصلية أو فرعية أمر غير ملحوظ في القانون المدني؛ لأن ورود القواعد الأصولية والفقهية في القانون المدني يختلف عن كيفية ورودها لدى العلماء، فالعلماء مثلاً عندما درسوا قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" أوردوا تحتها عدة قواعد متفرعة عنها ومندرجة تحتها، وكذلك قاعدة: "**الضررُ يزالُ**"، وغيرهما من القواعد، أما القانون اليمني فإنه لم يأت بهذه الطريقة في سرده للقواعد، بل أوردها دون تحديد أن القاعدة الفلانية متفرعة عن القاعدة الفلانية أو مندرجة تحتها.

المبحث الرابع

علاقة القواعد بغيرها من المصطلحات المشابهة لها

هناك عدة أمور تفترق فيها القواعد الأصولية عن القواعد الفقهية، كما أن بينهما نوعًا من التشابه، وفيما يلي بيان أوجه التشابه وأوجه الاختلاف بينهما: -

أولاً: أوجه الشبه والاختلاف بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية

أ - أوجه الشبه

الوجه الأول: من حيث استناد الفقه إلى كلّ منهما: تتشابه القواعد الأصولية والقواعد الفقهية في أن كلاً منهما أساس للفقه وينبني عليه الفقه، وهذا أمر ظاهر؛ لأن القواعد الأصولية عبارة عن قواعد يندرج تحتها أنواع الأدلّة الإجماليّة التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام من أدلّتها التفصيليّة، بينما القواعد الفقهية عبارة عن حكم كلي أو أغلبي يندرج تحته الكثير من المسائل الفقهية من أبواب مختلفة، وهذا الاشتراك قرره الزنجاني الذي أكد على وجود ارتباط بين أحكام الفروع وأدلّتها (التي هي الأصول)، وهذا الرابط هو بناء الفروع على أصولها، حيث قال: "لا يخفى عليك أن الفروع إنما تبنى على الأصول، وأن من لا يفهم كيفية الاستنباط ولا يهتدي إلى وجه الارتباط بين أحكام الفروع وأدلّتها التي هي أصول الفقه لا يتسع له المجال ولا يمكنه التفريع عليها بحال، فإن المسائل الفرعية على اتساعها، وبُعد غاياتها، لها أصول معلومة، وأوضاع منظومة، ومن لم يعرف أصولها، لم يُحِطْ بها علمًا"[1]، فهذا الكلام صريح في أن القواعد الأصولية والقواعد الفقهية تشتركان معًا في كونهما توصلان الفروع والجزئيات التي لا تتناهى، فكل منهما رابط لقدر كبير من الفروع والجزئيات؛ ولهذا فإن كلاً من القواعد الأصولية والقواعد الفقهية موضوعة لخدمة الفقه وضابطة لعملية الاستنباط[2].

---

(١) تخريج الفروع على الأصول، ٣٤

(٢) قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، د.محمد الروكي، ١١٧ــ ١١٨

الوجه الثاني: من حيث وجود قواعد مشتركة بينهما: توجد قواعد مشتركة بين الأصول والفقه، فقد تتداخل القواعد الأصولية أحيانًا مع القواعد الفقهية[١]؛ إذ يوجد أصلين للقاعدة الواحدة: أصل يتعلق بالاستنباط والدليل، وأصل يتعلق بأفعال المكلّفين، بحيث إذا نُظِر إلى القاعدة من حيث كونها دليلاً إجماليًّا يستنبط منه حكم كلي، فإنها قاعدة أصولية من هذه الجهة، وإن نُظِر إليها من حيث كونها حكمًا جزئيًا يتعلق بفعل من أفعال المكلّفين، فإنها قاعدة فقهية من هذه الجهة[٢]، ومثال ذلك: قاعدة "**المشقة تَجْلبُ التيسير**"، فإنها تعتبر قاعدة من القواعد الفقهية الكبرى التي تدخل في معظم أبواب الفقه، وهي في نفس الوقت تصلح قاعدة أصولية، فمن حيث إنّها دليل على رفع الحرج الثابت بالأدلّة القطعية تعتبر قاعدة أصولية، ومن حيث إنّها تراعى عند تقرير الأحكام الشرعيَّة الجزئية المتعلّقة بأفعال المكلّفين التي يراعى فيها التيسير ودفع المشقة تعتبر قاعدة فقهية[٣].

وبناء على وجود تشابه بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية فإنه قد جُمِع بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية في مصطلح واحد، هو "القواعد الشرعيَّة"، فأطلق بعض الباحثين[٤] هذا المسمى على كلّ من: القواعد الأصولية والقواعد الفقهية، باعتبار أن كلا النوعين يستند في الأساس إلى الأدلّة الشرعيَّة ولا تخالفها[٥]، ولأن وصف القواعد بكونها "شرعية" فيه تمييز للقواعد الشرعيَّة عن غيرها من

---

(١) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د. محمد بكر إسماعيل، ١٤

(٢) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي البورنو، ٢١؛ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د. محمد بكر إسماعيل، ١٤

(٣) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د.محمد بكر إسماعيل، ١٤

(٤) هذا المصطلح أُطلق على بعض المؤلفات، مثل كتاب: "القواعد الشرعيَّة وتطبيقاتها على المعاملات المالية المعاصرة"، د.محمد عبد الحليم عمر، وكتاب: "القواعد الشرعيَّة ودورها في ترشيد العمل الإسلامي"، د.محمد أبو الفتح البيانوني، كتاب الأمة، صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، قطر.

(٥) القواعد الشرعيَّة وتطبيقاتها على المعاملات المالية المعاصرة، د.محمد عبد الحليم عمر، ٢٢.

القواعد اللغوية والقواعد العقلية؛ كما أن في القواعد الشرعيَّة تعميم لها على مختلف الجوانب الشرعيَّة المتعلّقة بها[1]، إلا أن جمع القواعد الأصولية والقواعد الفقهية في مصطلح "القواعد الشرعيَّة" وإن كان يتضمن الإشارة إلى ما بين نوعي القواعد من العلاقة بالشريعة الإسلامية، باعتبار فائدة كلٍّ منهما للأحكام الشرعيَّة، فإنَّ الذي قالوه لا يؤخذ على إطلاقه، فعلم الفقه وعلم أصول الفقه – وإن كانا علمين مرتبطين ببعضهما؛ إذ أحدهما أصل والآخر فرع – إلا أنهما علمان متمايزان، فأحدهما يتميز عن الآخر من حيث موضوعه، واستمداده (مقوماته)، والغاية من دراسته، وثمرته، وهذا يتضح من خلال بيان أوجه الاختلاف بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية.

٢ – أوجه الاختلاف

تختلف القواعد الأصولية والقواعد الفقهية فيما بينهما من عدة وجوه، هي:–

الوجه الأول: من حيث الموضوع: موضوع القواعد الأصولية يختلف عن موضوع القواعد الفقهية، فموضوع قواعد علم أصول الفقه هو الدليل والحكم الشرعي، وموضوع القواعد الفقهية هو فعل المكلّف وما يستحقه كل فعل من حكم شرعي[2]، وهذا الاختلاف معلوم، لأنه لمَّا كانت القواعد الأصولية من المسائل الأصولية كان موضوعها موضوع الأصول، ولماَ كانت القواعد الفقهية من مسائل الفقه كان موضوعها موضوع الفقه، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإنَّ موضوع علم الأصول هو الأدلَّة[3]؛ لكون الدليل هو

---

(١) القواعد الشرعيَّة ودورها في ترشيد العمل الإسلامي، د.محمد أبو الفتح البيانوني، ٤٩.

(٢) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د.محمد صدقي البورنو، ١٩؛ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د. محمد بكر إسماعيل، ١٣؛ المقاصد الشرعيَّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز محمد غزام، ١٧؛ القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب البغدادي من خلال كتابه الإشراف على مسائل الخلاف، د. محمد بن المدني الشنتوف، ٥١، ٥٢.

(٣) الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ١١٤.

عُمدة علم أصول الفقه، بل قد عُرِّف أصول الفقه بأنه: "أدلَّة الفقه"[1]، ولأن للفروع أحكامًا، وهذه الأحكام تستفاد من أدلَّتها، وأدلَّتها هي أصول الفقه[2]؛ ولذلك بحث الأصوليون تلك الأدلَّة، وكيفية الاستفادة منها في الأحكام الشرعيَّة، وكيفية التوصل إلى فهمها من خلال القواعد اللغوية والتشريعيَّة، وبحثوا أيضًا عمَّن هو الذي يتوصل إلى تلك الأحكام، وهو المجتهد، أما موضوع البحث في علم الفقه فهو فعل المكلَّف من حيث ما يثبت له من الأحكام الشرعيَّة ـ كالبحث في بيع المكلَّف، أو إجارته، أو توكيله، أو صلاته، أو صومه، أو سرقته، أو غير ذلك ـ لمعرفة الحكم الشرعي في كل فعل من هذه الأفعال[3]؛ ولذلك فإن موضوع القواعد الفقهية يعتبر من قبيل دراسة علم الفقه في واقع الأمر، ولا تخرج عن كونها أحكامًا فقهية، وهذا هو وجه تسميتها بالقواعد الفقهية، تفريقًا لها عن الأحكام الفقهية الجزئية التي تندرج تحت القواعد الفقهية، التي هي مجموعة أحكام متشابهة ترجع إلى قياس واحد يجمعها أو إلى ضابط فقهي يربطها[4]، فمثلا: قاعدة "الأمر للوجوب إذا لم تصرفه قرينة عن ذلك" هي قاعدة أصولية، وموضوعها لغوي، لكنها يستفاد منها في التوصل إلى فهم الحكم الشرعي من الدليل، وهذه القاعدة موضوعها الأمر؛ كقوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾[5]، فإن مؤدى ذلك: إثبات وجوب الصلاة والزكاة[6]، وقاعدة: **"لا ثواب إلا بالنيَّة"** هي قاعدة فقهية؛ لأنها تشمل الحكم على فعل المكلَّف بأنه لا يستحق عليه الثواب إلا إذا كان قد نوى به القربة[7].

---

(١) الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي ، ١١٤.

(٢) تخريج الفروع علي الأصول، للزنجاني، ٣٤

(٣) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٢، المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية، د. نصر فريد واصل، ١٩١.

(٤) المدخل للفقه الإسلامي، للأستاذ/محمد سلام مدكور، ٢٠٩.

(٥) من الآية ٤٣ من سورة البقرة.

(٦) القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب البغدادي من خلال كتابه الإشراف على مسائل الخلاف، د. محمد بن المدني الشنتوف، ٥٢

(٧) المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية، د. نصر فريد واصل، ١٩١

الوجه الثاني: من حيث الدليل المبحوث فيه: القواعد الأصولية تبحث في الأدلَّة الإجماليَّة، والقواعد الفقهية تبحث في المسائل الفرعية من الأدلَّة التفصيليَّة، وتوضيح ذلك: أن الأصولي إنما يبحث في الأدلَّة الإجماليَّة، ليتوصل إلى القواعد التي تيسر له السبيل إلى فهم الأحكام من مصادرها الشرعيَّة، فينظر مثلاً في الأوامر والنواهي الواردة في القرآن الكريم والسنة، فيرى أن الأمر يدل على الوجوب ما لم تصرفه قرينة عن ذلك، ويرى أن النهي يدل على التحريم ما لم تصرفه قرينة عن ذلك، فيضع قاعدة الأمر يدل على الوجوب، والنهي يدل على التحريم، ثم يأتي الفقيه – ومهمته البحث عن الأحكام الجزئية من ناحية الحل، والحرمة، والصحة، والبطلان – فيستنبط أحكام الجزئيات بتطبيق تلك الأحكام عليها[1]، إذ موضوع علم الفقه هو البحث عن أحكام المسائل الفرعية من الأدلَّة التفصيليَّة الجزئية؛ كأحكام البيع، والصلاة، والجهاد، والعقوبات، وغيرها[2].

ولذلك فإن علم أصول الفقه يبين أصل الشريعة في التكليفات العملية، ويرسم المناهج لتعرفها، فيسير عليها الفقيه في الاستنباط وفق منهاج قويم، ذلك أن المجتهد متى كان عالمًا بأحوال الأدلَّة الكلية – مثل علمه بأن الأمر للوجوب إذا لم تقم قرينة على خلاف ذلك، وأن النهي للتحريم ما لم تقم قرينة على أنه للكراهة – استطاع أن يستنبط وجوب الصلاة من قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾[3] الذي هو أمر، والأمر للوجوب، فيقول: قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ﴾أمر بوجوب إقامة الصلاة، ويستنبط تحريم الزنى من قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾ ﴾[4]، الذي هو نهي، والنهي للتحريم، فيقول: قوله تعالى: ﴿ وَلَا

(١) المدخل للفقه الإسلامي، للأستاذ/محمد سلام مدكور، ٢٠٥

(٢) المقاصد الشرعيَّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز عزام، ١٥

(٣) من الآية ٤٣ من سورة البقرة.

(٤) الآية ٣٢ من سورة الإسراء.

تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ ﴾ نهي يدل على تحريم الزنى، فلولا معرفة الفقيه لأصول الفقه لما استطاع أن يستنبط من النصين القرآنيين السابقين هذين الحكمين، ومثل ذلك يقال في غيرهما من الأحكام[١].

وحيث إنَّ علم أصول الفقه يبحث في الأدلَّة الإجماليَّة كانت القواعد الأصولية قواعد إجماليَّة، بينما القواعد الفقهية قواعد محددة مرتبطة بجزئياتها ارتباطًا مباشرًا، وهي متفاوتة من حيث عمومها وخصوصها[٢]؛ لأن منها ما هو قواعد عامة تدخل في معظم أبواب الفقه، ومنها ما هو خاص ببعض أبواب الفقه.

الوجه الثالث: من حيث السبق الزمني: القواعد الأصولية كان تدوينها مبكرًا وسابقًا على القواعد الفقهية[٣]؛ لأن الأحكام الفقهية مستنبطة من الأدلَّة الشرعيَّة باستخدام قواعد الأصول، فمثلاً: وجوب الصلاة والزكاة مستنبط من قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ ﴾[٤]، باستخدام القاعدة الأصولية القائلة بأن: "الأمر يفيد الوجوب ما لم يصرفه عنه صارف"، فإذا ظهرت الأحكام الفقهية المتعددة المستنبطة من أدلَّة الشرع عن طريق استخدام قواعد الأصول، احتاج الفقيه إلى ضبط شتات هذه الأحكام الكثيرة وربط أطرافها في قواعد فقهية ينتظم تحت كل قاعدة منها أحكام شرعية كثيرة ومن أبواب متفرقة لوجود عِلَّة مشتركة بينها. وإذا تم بواسطة قواعد الأصول معرفة الأحكام الشرعيَّة فإن الفقيه ينطلق من تلك القواعد لمباشرة القضايا، وهذا يعني أن القواعد الفقهية متأخرة في وجودها الذهني والواقعي عن الفروع؛ لأنها جمع

---

(١) المقاصد الشرعيَّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز عزام، ١٦.

(٢) قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، د. محمد الروكي، ١١٩؛ القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب البغدادي من خلال كتابه الإشراف على مسائل الخلاف، د. محمد بن المدني الشنتوف، ٥٢.

(٣) النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي ٢٠٠؛ القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب البغدادي من خلال كتابه الإشراف على مسائل الخلاف، د. محمد بن المدني الشنتوف، ٥٠.

(٤) من الآية٤٣ من سورة البقرة.

لأشتاتها وربط بينها وجمع لمعانيها[1]، كما يعني أيضًا: أن قواعد الفقه مبنية على قواعد الأصول[2]، أما القواعد الأصولية فالفرض الذهني يقتضي وجودها قبل الفروع؛ لأنها القيود التي أخذ الفقيه نفسه بها عند الاستنباط وهذه متقدمة في وجودها على استنباط الفروع بالفعل[3].

وخلاصة هذا الفرق يتمثل في أن القواعد الأصولية متقدمة على الفروع، وأن الفروع تبنى عليها، وهذا ما أشار إليه الزنجاني بقوله:"لا يخفى عليك أن الفروع إنما تبنى على الأصول"[4].

الوجه الرابع: من حيث المقومات: القواعد الأصولية في الغالب تقوم على قواعد لغوية؛ لأنها تمثل منهاجًا سليمًا في تفسير النصوص الشرعيَّة، واستنباط الأحكام منها، وهذا ما أشار إليه القرافي بقوله عن أصول الفقه: "هو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح، ونحو الأمر للوجوب، والنهي للتحريم..."[5].

ولكن لمَّا كان أساس الاستنباط هو الأدلَّة الشرعيَّة لمعرفة الأحكام الشرعيَّة كان لابُدَّ لعلم أصول الفقه أن يُبْحث فيه أيضًا عن الأدلَّة والأحكام، ومن ثم كان لابُدَّ من وضع قواعد أصولية في الأدلَّة والأحكام[6]؛ ومن مجموع هذه القواعد تكونت

---

(١) المقاصد الشرعيَّة في القواعد الفقيهة، د. عبد العزيز عزام، ١٧؛ القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب البغدادي من خلال كتابه الإشراف على مسائل الخلاف، د. محمد بن المدني الشنتوف، ٥٠،

(٢) النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠١.

(٣) المقاصد الشرعيَّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز عزام، ١٧؛ القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب البغدادي من خلال كتابه الإشراف على مسائل الخلاف، د. محمد بن المدني الشنتوف، ٥٠.

(٤) تخريج الفروع على الأصول، ٣٤.

(٥) الفروق، ١/٢-٣.

(٦) نظرية التقعيد الفقهي، د. محمد الروكي، ١١٧، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، للمؤلف نفسه، ٦٤-٦٥

مقومات القواعد الأصولية؛ لأن من مبادئ علم أصول الفقه: قواعد اللغة العربية وقواعد علم الكلام، حيث يتوصل بقواعد اللغة العربية إلى معرفة كيفية دلالة الألفاظ على مدلولاتها الوضعية، وبواسطتها يُقتدر على استنباط الأحكام من الكتاب والسنَّة، ويتوصل بقواعد الكلام إلى ثبوت الكتاب والسنة، ليتوصل بذلك إلى الفقه[1]، أما القواعد الفقهية فقد تكونت من الأحكام الفقهية الجزئية المتشابهة، حيث جُمعت تلك الأحكام في قواعد فقهية تربط بين الجزئيات المتفرقة، بعد استيعاب تلك الأحكام الجزئية من المسائل والوقائع والربط بينها بقاعدة تحكم تلك الفروع والمسائل المتشابهة التي ترجع إلى قياس واحد يجمعها أو إلى ضابط فقهي يربطها[2]؛ ولذلك فإن القواعد الفقهية ثمرة للأحكام الفقهية الجزئية المتفرقة، وهذا ما أشار إليه القرافي بقوله عن القواعد الفقهية: إنها" كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، فلكل قاعدة من الفروع في الشريعة مالا يحصى"[3].

وإذا كانت القواعد الفقهية قد كونتها مجموعة فروع فقهية متشابهة فإن هذا يعني أن القاعدة حاكمة للفروع المتشابهة، وهو ما يفيد بوجود فرق بين القاعدة الفقهية وبين الحكم الفقهي، وهذا الفرق يتمثل في أن الحكم الفقهي محكوم بالقاعدة التي يندرج تحتها، وبالعكس فإن الفرع الفقهي لا يحكم القاعدة الفقهية.

الوجه الخامس: من حيث الغاية من كلّ منهما: الغاية من القواعد الأصولية هي استنباط الأحكام الشرعيَّة[4]، وذلك بتطبيقها على الأدلَّة التفصيلة للتوصل إلى الأحكام الشرعيَّة التي تدل عليها، أما غاية القواعد الفقهية: فهي الغاية من علم الفقه، وهي

---

(١) شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني ٣٥/١، الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ١١٤

(٢) المقاصد الشرعيَّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز عزام، ١٦-١٧؛ قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي، د.محمد الروكي، ١١٩، القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب البغدادي من خلال كتابه الإشراف على مسائل الخلاف، د. محمد بن المدني الشنتوف، ٤٩.

(٣) الفروق، ٢/١-٣.

(٤) شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني، ٣٥/١؛ الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ١١٤.

تطبيق الأحكام الشرعيّة على أفعال المكلّفين وأقوالهم[1].

وبناء عليه فإن القواعد الأصولية يستخدمها المجتهد عند استنباط الأحكام الفقهية بغية معرفة حكم الوقائع والمسائل المستجدة من المصادر الشرعيّة، أما القواعد الفقهية فإن الفقيه (أو المتعلم، أو المفتي) يعتمد عليها في تقريب أحكام المسائل الفقهية وتسهيلها، بدلاً من الرجوع إلى الأبواب الفقهية المتفرقة الواسعة[2]، لأن القاعدة الفقهية تقوم على جمع الأحكام الجزئية المتشابهة التي ترجع إلى علة واحدة أو إلى ضابط فقهي يحيط بها، واجتماع تلك الأحكام المتشابهة من الأبواب المختلفة وضبطها في قاعدة واحدة تعطي صورة واضحة تيسر للمطلع سبل معرفة الفروع، وتسهل على الفقيه حفظ وضبط الفروع الكثيرة التي يصعب عليه ضبطها وحفظها من غير أن يوجد جامع بينها، فهي مجال للفقيه للاستدلال والتعليل وتوجيه الأحكام، ولكن لا يكفي الفقيه (أو القاضي، أو المفتي) أن يقتصر على القواعد الفقهية في معرفة الحكم الشرعي لما يعرض عليه من النوازل والخصومات، بل لابد من الرجوع إلى النُصوص التشريعيّة وفهمها في ضوء القواعد الأصولية[3].

الوجه السادس: من حيث الاطّراد وعدمه: القاعدة الأصولية قاعدة مطردة تنطبق على جميع جزئياتها ومحكوم فيها على كلّ فرد من أفرادها، أما القاعدة الفقهية فهي

---

(١) علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف،١٤.

(٢) النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠١؛ القواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد المندرجة تحتها (جمع ودراسة من مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية)، د.إسماعيل بن حسن بن محمد علوان، ٣٠؛ قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي، د. محمد الروكي، ١١٩، ١٢٠؛ القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب البغدادي من خلال كتابه: الإشراف على مسائل الخلاف، د. محمد بن المدني الشنتوف، ٤٩، ٥٠، ٥٣.

(٣) قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، د. محمد الروكي، ١٢٠، القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب البغدادي من خلال كتابه الإشراف على مسائل الخلاف، د. محمد بن المدني الشنتوف، ٤٨.

أغلبية أو أكثرية يندرج تحتها أكثر جزئياتها[1] ولها مستثنيات؛ ولذلك توصف قواعد الفقه بأنها أغلبية، فعلى سبيل المثال: قاعدة: "**الأمر للوجوب ما لم تصرفه قرينة إلى غير الوجوب**" هي قاعدة أصولية تشمل بحكمها كلّ فرد، فكلّ أمر لم يقترن بما يصرفه عن الوجوب يدل على الوجوب مطلقًا؛ مثل قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [2]، وقاعدة: "**النهي للتحريم**" تشمل كل نهي؛ مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ﴾[3].

ويلاحظ هنا أن القواعد الثابتة بالدليل التي أُخذت من الشريعة بنص واضح وهي أساس للأحكام، مثل قاعدة: "**لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ**"، وقاعدة: "**المشقة تجلبُ التيسير**"، تعتبر من القواعد التي لا تتغير بتغير الزمان أو المكان، ولا تخضع في ثبوتها ونفيها لاجتهاد المجتهدين، في حين أن القواعد الفقهية المأخوذة من غير النصوص تعتبر موضع اجتهاد المجتهدين ومجالاً للنظر والتفكير[4]، فهي خاضعة لتقدير المصلحة وخاضعة أيضًا للعرف وتغير الأحوال[5]، وهذا كله مراعاة لجلب

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي البورنو، ٢١؛ المقاصد الشرعيّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز عزام، ١٠، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د. محمد بكر إسماعيل، ١٣، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، د. محمد الزوكي ١٢٠، النظريات الفقهية، د.محمد الزحيلي، ٢٠١، القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب البغدادي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، د. محمد بن المدني الشنتوف، ٤٧.

(٢) من الآية ٤٣ من سورة البقرة.

(٣) المقاصد الشرعيّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز عزام، ١٠، القواعد الأصولية عند القاضي عبد الوهاب البغدادي من خلال كتابه الإشراف على مسائل الخلاف، د. محمد بن المدني الشنتوف، ٤٧ والنص القرآني هو من الآية ٣٢ من سورة الإسراء.

(٤) مناهج التفكير في الشريعة الإسلامية (القسم الأول: أسباب الاختلاف الراجعة إلى الكتاب والسنة) لمحمد محمد المدني، مطبعة أحمد مخيمر، تاريخ النشر ١٣٧٦ هـ- ١٥٩٧م، ٣،٢.

(٥) مناهج التفكير في الشريعة الإسلامية، محمد محمد المدني، ٣؛ النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠١.

المصالح ودفع المفاسد عن المكلّفين؛ لأن القاعدة الفقهية موضوعها فعل المكلّف.

هذه إذن أهم الفروق والمميزات التي تميّز كلاً من القاعدتين: الأصولية والفقهية، وباستيعابها ومراعاتها يزول الخلط واللبس الذي يحصل لبعض الباحثين في عدم التفرقة بين النوعين، فإن من الباحثين من أطلق على بعض القواعد المشتركة بين الأصول والفقه - كقاعدة "**المشقة تجلب التيسير**" - مصطلح القواعد الشرعيّة[1]، وليست قواعد فقهية، باعتبار أن هذه القواعد مأخوذة من نصوص صريحة قطعية لا محل للاجتهاد فيها[2]؛ ذلك أن التيسير ورفع الحرج وارد في نصوص صريحة قطعية الدّلالة على ذلك، مثل قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[3]، وقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[4]، فقد أخذ من هذه النصوص قاعدة "**المشقة تجلب التيسير**"؛ ولذلك فإنها قاعدة شرعية ثابتة بنص شرعي وليست قاعدة فقهية، وقد ذكر هذا الأمر الدكتور/ عباس حسني بقوله: "من المناسب أن نطلق على مجموع الأحكام الشرعيّة التي تعرف بغير اجتهاد اصطلاح: القواعد التشريعيّة؛ لأن نسبتها إلى الشارع يقينية، ومن المناسب أن نطلق على مجموع الأحكام الشرعيّة التي تعرف بطريق الاجتهاد اصطلاح: القواعد الفقهية؛ لأنها مستنبطة بمعرفة الفقهاء ويجوز الاختلاف فيها"[5].

---

(١) نظرية التقعيد الفقهي، د. محمد الروكي، ٥٦، خصائص التشريع الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي) د. عباس حسني، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، تصدر عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، السنة التاسعة، العدد الرابع والعشرون، رجب ١٤١٥هـ- ديسمبر ١٩٩٤م، ٣٥.

(٢) نظرية التقعيد الفقهي، د.محمد الروكي، ٥٧، خصائص التشريع الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، د. عباس حسين، ٣٨.

(٣) من الآية ١٨٥ من سورة البقرة.

(٤) من الآية ٧٨ من سورة الحج.

(٥) خصائص التشريع الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي)، ٣٥، وانظر مثل ذلك: [القواعد الفقهية، د.علي أحمد الندوي، ٢٧٤] حيث قال: "الآيات والأحاديث النبوية هي أخصب وأوسع

وبناءً على هذا فإن الفرق بين القواعد التشريعيَّة والقواعد الفقهية عند هؤلاء الباحثين، هو أن القواعد التشريعيَّة منتسبة إلى الشارع بيقين ولا مجال للاجتهاد فيها، والقواعد الفقهية هي قواعد شرعية اجتهادية غير يقينية يجوز الاختلاف فيها، ومن أجل ذلك فهي مناسبة لاصطلاح القواعد الفقهية(1).

ومما قالوه أيضًا: أن الفقهاء لم يفرقوا بين اصطلاح القواعد الفقهية وبين اصطلاح القواعد التشريعيَّة، وأنهم أدرجوا القواعد التشريعيَّة المأخوذة بدون اجتهاد مع القواعد الفقهية؛ مثل: إدراج قاعدة "**الضرر يزال**" وقاعدة "**المشقة تجلب التيسير**" في إطار القواعد الفقهية، واعتبروا هذا الخليط كله قواعد فقهية(2).

وبالنظر إلى هذا الذي قالوه في التفريق بين القواعد الفقهية وبين القواعد التشريعيَّة، فإنه يمكن الإجابة عنه بعدم شمول هذا التفريق لجميع وجوه الفرق بين القواعد الأصولية وبين القواعد الفقهية، وهذه الوجوه كثيرة ــ كما ذكرناهاــ هذا من جهة.

ومن جهة ثانية فإن في هذا التفريق إهمال لكثير من القواعد الأصولية؛ كالقواعد الأصولية اللغوية وغيرها من القواعد – كالقياس مثلا – فإن القياس هو مبحث اجتهادي، وقواعده تعتبر قواعد أصولية؛ لأنه مبحث من مباحث الأصول.

ومن جهة ثالثة فإن العلماء قد عرفوا الفرق بين القواعد التشريعيَّة والقواعد الفقهية من خلال تناولهم للقواعد التشريعيَّة في مباحث الأصول من خلال النظر إلى

مصدر للقواعد الفقهية، ولا غرو أن نسمي بعض الأحاديث التي لها أسبقية في هذا المضمار وجرت في القرون المتأخرة مجرى القواعد: "القواعد التشريعيَّة"، باعتبارها جامعة ومحيطة بالأحكام الشرعيَّة العملية الكثيرة، بجانب ما لها من قيمة في التشريع"

(1) خصائص التشريع الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي) د. عباس حسني، ٣٨-٣٩.

(2) نظرية التقعيد الفقهي، د.محمد الروكي، ٥٦-٥٧؛ خصائص التشريع الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي) د.عباس حسني، ٣٨.

حكمة تشريع الأحكام وقرَّروا عِدَّة قواعد، كالقواعد التي تتعلق بجلب المصلحة ودفع المفسدة، فكيف يقال: إن الفقهاء خلطوا بين القواعد الفقهية والقواعد الشرعيَّة، واعتبروا كلَّ هذا قواعد فقهية؟

ومما يدل على تفريق العلماء بين القواعد الثابتة بنص وبين غيرها تقسيمهم للقواعد؛ حيث نجد أنهم أفردوا القواعد الثابتة بنص قطعي – مثل قاعدة: "**الضرر يزال**" وقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**" – بمصطلح القواعد الكلية الكبرى؛ نظرًا لشمولها وقوة استيعابها الفروع، ويدل على ذلك أيضًا ما ذكره القرافي من التفريق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية، حيث قال عن الشريعة المحمدية بأن: "أصولها قسمان: أحدهما: المسمى بأصول الفقه، وهو في غالب أمره ليس فيه إلاّ قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح... والقسم الثاني: قواعد كلِّية، فقهية، جليلة، كثيرة العدد، عظيمة المدد، مشتملة على أسرار الشرع، وحكمه"[1]، وبذلك يظهر لنا أن القواعد الأصولية تتفق مع القواعد الفقهية في أن جميعها تعتبر من الشريعة الإسلامية، ويفترقان في كثير من الوجوه.

ثانيًا: أوجه الشبه والاختلاف بين القواعد والضوابط

لمعرفة أوجه الشبه والاختلاف بين القواعد والضوابط لابد من معرفة معنى الضابط.

الفرع الأول: معنى الضابط.

سبق القول بأن من القواعد ما يتعلق بباب خاص أو جزء من باب من أبواب الفقه، وهذه هي الضوابط، وقد أشار المقّري إلى هذا عند قوله عن القاعدة: بأنها "اعَمُّ من العقود، وجملة الضوابط الفقهية الخاصّة"[2]، حيث يفهم من هذا أنه

(١) الفروق، ١/٢-٣.

(٢) القواعد، ١/٢١٢.

وصف "الضوابط الفقهية" بأنها "خاصة"، وهذا الوصف يصرف القاعدة عن معناها العام – الذي يعني انطباقها على كثير من الأحكام الجزئية – إلى معنى خاص يجعلها دون القاعدة وأقل في استيعابه للفروع.

وهذا معناه أن القاعدة الفقهية تشمل كثيرًا من الفروع والجزئيات التي هي من أبواب متعددة من الفقه، كقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**"، فإنها تشمل كثيرًا من الفروع والجزئيات، وكغيرها من القواعد، في حين أن الضابط الفقهي يشمل أكثر الجزئيات والفروع التي تندرج في باب واحد أو في جزء من باب[(١)]، وهذا يجعل مجال الضابط الفقهي أضيق من مجال القاعدة الفقهية، حيث لا يتخطى مجال الضابط الموضوع الفقهي الواحد الذي يرجع إلى بعض مسائله، وهذا الفرق – وإن كان مشارًا إليه تلميحًا عند المقّري في كلامه السابق – إلا أنه عند غيره أوضح عبارة وأدق مدلولاً، فتاج الدين السبكي عَرَّف القاعدة بأنها: "الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة يفهم أحكامها منها"[(٢)]، ثم ذكر الضابط الذي يختص بباب معين، بقوله عن القواعد: "ومنها ما لا يختص بباب كقولنا: اليقين لا يرفع بالشك، ومنها ما يختص (يقصد بباب) كقولنا: كل كفارة سببها معصية فهي على الفور، والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطا"[(٣)]، فهذا تصريح واضح الدلالة بأن الضابط هو نوع من أنواع القواعد يختص بباب معين، بينما القاعدة الفقهية لا تختص بباب معين، حيث تنطبق على كثير من الفروع في أبواب مختلفة، وهذا الفرق صرح به ابن نجيم بقوله:" الفرق بين الضابط والقاعدة: أن القاعدة تجمع فروعًا من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب

---

(١) قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، د. محمد الروكي، ١١٢.

(٢) الأشباه والنظائر، ١/١١. ومثله قال ابن النجار الحنبلي. انظر: [شرح الكوكب المنير، ١/٣٠].

(٣) الأشباه والنظائر، ١/١١. ومثله قال ابن النجار الحنبلي. انظر: [شرح الكوكب المنير، ١/٣٠].

واحد"[1]، ومثله قال أبو البقاء الكفوي[2]، إلاّ أن من العلماء من جعل الضابط مرادفًا للقاعدة، فالنووي[3] مثلاً عند وصف كتابه: "الأصول والضوابط" - قال: "فهذه قواعد، وضوابط، وأصول مهمات، ومقاصد مطلوبات... والمقصود بها بيان القواعد الجامعة، والضوابط المضطردات، وجمع المسائل المتشابهات، والتمثيل بفروع مستخرجة من أصل أو مبنية عليه"[4]، فهذه المرادفة لا يفهم منها عدم وجود فارق بين القواعد والضوابط، وإنما يمكن إرجاعها إلى أن الضابط نوع من أنواع القواعد ومرتبة من مراتبها[5]، أو أن هذا خروجًا عن الغالب المألوف؛ لأن"الغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطا"[6]، فتسمية القواعد الخاصّة بباب من أبواب الفقه "بالضوابط" هو الغالب، ولذلك فإن تعريف الضابط بأنه نوع من القواعد الخاصّة بباب من أبواب الفقه هو تعريف دقيق، لما فيه من التمييز بين القواعد الكبرى التي تدخل في أكثر أبواب الفقه، وبين القواعد الكلية التي دون القواعد الكبرى التي تدخل في كثير من أبواب الفقه، وبين القواعد التي تختص بموضوع مُن مواضيع الفقه.

والضوابط لا حصر لها، ولكثرتها قام ابن نجيم بجمعها في كتاب مستقل

---

(١) الأشباه والنظائر، ١٩٢.

(٢) الكليّات، ٧٢٨.

(٣) هو محيي الدين أبو زكريا يحي بن شرف النووي، صاحب التصانيف المشهورة، ولد سنة إحدى وثلاثين وستمائة (٦٣١هـ) وتوفي سنة ست وسبعين وستمائة (٦٧٦هـ). انظر [طبقات الشافعية، لجمال الدين عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي، (ت٧٧٢هـ) تحقيق: عبد الله الجبوري، مطبعة الإرشاد، بغداد، ط١، ١٣٩٠هـ -١٩٧٠، ٢/٤٧٦-٤٧٧].

(٤) الأصول والضوابط، حققه وعلق عليه: د. محمد حسن هيتو، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط ١ ١٤٠٦هـ- ١٩٨٦م، ٢١-٢٢.

(٥) قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، د. محمد الروكي، ١١٢.

(٦) الأشباه والنظائر، لابن السبكي، ١/١١.

سمّاه: "الفوائد الزينية في فقه الحنفية"[1]، وصل فيه إلى أكثر من خمسمائة ضابط، وهذا ما صرَّح به بقوله:" ألفت كتابًا مختصرًا في الضوابط والاستثناءات منها، سميته بالفوائد الزينية في فقه الحنفية، وصل إلى خمسمائة ضابط"[2]، وأفرد لهذه الضوابط جزءًا من كتابه "الأشباه والنظائر"، سماه: "الفوائد"، وأوصلها إلى خمسمائة فائدة، وهذا ما نبَّه عليه بقوله:" فقد كنت ألَّفت النوع الثاني من "الأشباه والنظائر" وهو الفوائد، على سبيل التعداد حتى وصلت إلى خمسمائة فائدة، ولم أجعل لها أبوابًا، ثم رأيت أن أرتبها أبوابًا على طريق كتب الفقه المشهورة؛ كالهداية والكنز، ليسهل الرجوع إليها، وضممت إليها بعض الضوابط التي لم تكن في الأول تكثيرًا للفوائد، وفي الحقيقة هي الضوابط والاستثناءات"[3]، ومن أمثلة ذلك: ضابط يتعلق بالمعاملة بالنقود، هو أنّ "النقود عند الإطلاق والاختلاف في المالية والرواج ينصرف في الأغلب إلى البيع، والإجارة، والوصية، والإقرار، والمهر، والخلع..."[4].

الفرع الثاني: أوجه الشبه والاختلاف بين القواعد والضوابط

من خلال ما سبق يمكن القول: إن بين القواعد الفقهية وبين الضوابط وجهًا للتشابه وأوجهًا أخرى للاختلاف، وذلك كما يلي: -

١ – وجه الشبه.

تجتمع القاعدة الفقهية والضابط في أن كلاً منهما نوع من أنواع القواعد ومرتبة من مراتبها، إلاّ أن من الباحثين من اعتبر أنّ وجه التشابه هذا بين القاعدة

---

(١) الكتاب مطبوع، ويسمى: الفوائد الزينية في مذهب الحنفية"، قدم له واعتنى به: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية- الدمام، ط١ – ذو الحجة ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م

(٢) الأشباه والنظائر، ١٠.

(٣) السابق، ١٩٢

(٤) الفوائد الزينية في مذهب الحنفية، ١٢٨.

والضابط لا يترتب عليه وجود فرق بين القاعدة والضابط مادام أن الضابط يمثل مرتبة من مراتب القواعد، وعُلِّل ذلك بأن العبرة بمدلول المصطلح لا مجرد التسمية، فلا مشاحة في الاصطلاح أن يسمي بعض العلماء الضابط بالقاعدة[1].

وهذا يجاب عنه: بأنه لو لم يكن ثَمَّةَ فَرق بين القاعدة والضابط لما وجد لدى العلماء مصطلح "الضابط" ومصطلح آخر هو "القاعدة"، وإطلاق بعض العلماء الضابط على القاعدة يُعَد خروجًا عن الغالب المألوف، كما سبق القول.

وأما تعليل عدم وجود الفرق بين القاعدة والضابط بأن القاعدة والضابط هما نوع من أنواع القواعد ومرتبة من مراتبها، فهذا التعليل لا ينهض على نفي الفرق بين القاعدة والضابط، لأن الضابط – كما سبق – هو مرتبة أدنى من مرتبة القواعد، ونوع من أنواعها، وهذا كله يفيد بأن ما تجتمع فيه القاعدة والضابط هو كونهما قواعد، كما أن وجود شبه بين القاعدة والضابط لا يعني عدم وجود فرق بينهما، ومما يؤكد وجود هذا الفرق هو الفرق اللُّغوي بينهما، فالقاعدة لغة معناها أوسع من الضابط، فهي تعني الأساس كما سبق القول، بينما المادة اللغوية لكلمة: "ضَبَطَ"، تدل على حبس الشيء وحصره في نطاق معين، لأن "الضبط لزوُم الشيء، وحبسُه، ضبَط عليه، وضبطه، يضبُط ضبطًا وضباطة"[2]، وضبط الشيء "حفظه بالحزم"[3]، و"الرجل ضابط: أي حازم"[4]، وتضبَّط الرجل: "أخذه على حبس وقهر"[5]، وبناءً على ذلك فإن الفرق بين القاعدة والضابط قائم لا ريب فيه، وهو أن معنى القاعدة أوسع من معنى الضابط.

---

(١) منهم: الدكتور/ يعقوب عبد الوهاب الباحسين. انظر كتابه: [قاعدة اليقين لا يزول بالشك، ١٤]، والدكتور/ محمد الروكي. انظر كتابيه: [نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ٥٨، وقواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، ١١٢– ١١٣]

(٢) لسان العرب، ٢١٤/٩

(٣) لسان العرب، ٢١٤/٩، القاموس المحيط، ٣٧٠/٢.

(٤) لسان العرب، ٢١٤/٩

(٥) لسان العرب، ٢١٤/٩، القاموس المحيط، ٣٧٠/٢

٢ - أوجه الاختلاف

الوجه الأول: من حيث المجال: مجال الضوابط أضيق من مجال القواعد، فالفروع التي تجمعها القاعدة أعم وأشمل من الضوابط[١]، لأن القاعدة تجمع فروعًا شتى من أبواب كثيرة من الفقه، والضابط بخلافها يختص بموضوع من أبواب الفقه فيجمع فروعه ولا يتخطاه، ولهذا كانت جزئيات القاعدة منتشرة في أبواب كثيرة من الفقه؛ فمثلاً: قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**"، وقاعدة": اليقين لا يزول بالشك"، وقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**"، تمثل كلّ منها قاعدة وليست ضابطًا؛ لأنها تنطبق على أبواب شتى من الفقه، وهذا سيتضح من خلال الدراسة المفصلة لهذه القواعد وغيرها، أما الضابط فمثاله: "كلّ كفارة سببها معصية فهي على الفور"[٢]، فهذا الضابط لا يندرج تحته فروع كثيرة من أبواب الفقه؛ لأنه يختص بالكفارة.

الوجه الثاني: من حيث المرتبة: القواعد الفقهية أعلى مرتبة من الضابط، وهذا الوجه واضح من الفرق الذي قبله، فإن القواعد تختلف بحسب السعة والشمول للجزئيات، وحيث إنّ مجال القواعد أوسع من مجال الضوابط فإنها أعلى مرتبة من الضوابط.

الوجه الثالث: من حيث ضبط المواضيع: الضوابط أكثر ضبطًا لما تتناوله، بخلاف القواعد، وهذا راجع إلى خصوصية الضوابط، فإنها لما كانت تضبط موضوعًا واحدًا أو جزءًا من موضوع كانت أكثر ضبطًا، بخلاف القاعدة التي تكثر فيها الاستثناءات[٣].

---

(١) القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٥١؛ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د.محمد بكر إسماعيل، ٩، المقاصد الشرعيّة في القواعد الفقهية، د.عبد العزيز محمد عزام، ١٤، النظريات الفقهية، د.محمد الزحيلي، ٢٠٠، ضوابط التفكير الفقهي، لأستاذنا الدكتور/عبد اللطيف محمد عامر، ٣٥.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن السبكي، ١/١١؛ شرح الكوكب المنير، لابن النجار الحنبلي، ١/٣٠

(٣) القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٥١؛ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د. محمد بكر إسماعيل، ٩.

ثالثًا: أوجه الشبه والاختلاف بين القواعد والمقاصد

ممَّا له علاقة بالقواعد ما يسمى بالمقاصد التشريعيَّة، ولكي تتضح العلاقة بين القواعد وبين مقاصد التشريع الإسلامي لابد من معرفة معنى مقاصد التشريع الإسلامي.

الفرع الأول: معنى مقاصد الشريعة

مقاصد الشريعة الإسلامية لها معنى عام، ومعنى خاص، ومعنى حقيقي، ومعنى عرفي.

١ – **المعنى العام لمقاصد الشريعة الإسلامية:** مقاصد الشريعة الإسلامية العامَّة: "هي المعاني والحِكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها"[١]، ولكون هذا المعنى عامًا فإن المعاني والحكم الملحوظة للشارع لا تقتصر على نوع خاص من أحكام الشريعة الإسلامية[٢].

٢ – **المعنى الخاص لمقاصد الشريعة الإسلامية:** المقاصد الخاصَّة للشريعة الإسلامية يقصد بها المقاصد الخاصَّة بالمعاملات، وهي: "الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة، أو لحفظ مصالحهم العامَّة في تصرفاتهم الخاصَّة، كي لا يعود سعيهم في مصالحهم الخاصَّة بإبطال ما أسس لهم من تحصيل مصالحهم العامَّة"[٣]، ولمَّا كانت هذه المقاصد تتعلق بكل معاملات الناس فإنه يدخل في ذلك كل حكمة روعيت في تشريع أحكام تصرفات الناس؛ مثل: قصد التوثّق في عقد الرهن، وإقامة نظام المنزل والعائلة في عقد النكاح، ودفع الضرر في مشروعية الطلاق[٤].

---

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، للأستاذ/محمد الطاهر بن عاشور، نشر: دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، ودار السلام للطباعة والنشر والترجمة، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ط سنة ١٤٢٧هـ –٢٠٠٦م، ٤٩.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

(٣) السابق، ص١٤٢.

(٤) السابق، نفس الصفحة.

وتعريف المقاصد بنوعيها العام والخاص جُمع في معنى واحد، هو أن "المقاصد هي المعاني الملحوظة في الأحكام الشرعيَّة التي تهدف لتقرير عبودية الله ومصلحة الإنسان في الدارين، فهو يشمل المقاصد بنوعيها العامَّة والخاصَّة، مع بيان الهدف والغاية منها بالنسبة للمولى عز وجل – عبودية الله – وكذلك مصلحة الإنسان في الدارين: الدنيا والآخرة معًا"(١).

وتعريف كلّ نوع من المقاصد على حدة أدق وأضبط؛ تمييزًا للمقاصد العامَّة عن المقاصد الخاصَّة.

٣ – **المعنى الحقيقي للمقاصد الشرعيَّة:** المعاني الحقيقية للمقاصد الشرعيَّة: "هي التي لها تحقُّق في نفسها، بحيث تدرك العقول السليمة ملاءمتها للمصلحة أو منافرتها لها"(٢)، أي تكون جالبة نفعًا عامًا أو دافعة ضررًا عامًا، إدراكا مستقلاً عن التوقف على معرفة عادة أو قانون، كإدراك كون العدل نافعًا، وكون الاعتداء على النفوس ضارًا، وكون الأخذ على يد الظالم نافعًا لصلاح المجتمع، أما ما لم تدركه العقول السليمة فليس من المعاني التي تكون ملائمة للمصلحة؛ فمحبة الظلم مثلاً هو من مدركات العقول الشاذة وليس من مدركات العقول السليمة(٣).

---

(١) تأصيل فقه المقاصد، د. إبراهيم رشاد محمد صبري [بحث منشور في حوليات كلية الآداب، جامعة عين شمس، جمهورية مصر العربية، دورية علمية، محكمة، المجلد ٣٢، إبريل – يونيو، ٢٠٠٤م، ١٤٠]. وهذا التعريف مستخلص من تعريف الدكتور/ نور الدين الخادمي الذي عرف المقاصد الشرعيَّة بأنها: " المعاني الملحوظة في الأحكام الشرعيَّة والمترتبة عليها، سواء أكانت تلك المعاني حكمًا جزئيًا، أم مصالح كلية، أم سمات إجماليَّة، وهي تتجمع ضمن هدف واحد هو تقرير عبودية الله، ومصلحة الإنسان في الدارين". انظر:[الاجتهاد المقاصدي – حجيته، ضوابطه، مجالاته – كتاب الأمة، سلسلة دورية تصدر كل شهرين عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية– قطر، العدد (٦٥) السنة (١٨)، ط١، ١٤١٩هـ –١٩٨٨م، ١/٢٥].

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية، لمحمد الطاهر بن عاشور، ٤٩

(٣) السابق، نفس الصفحة.

٤ – **المعنى العرفي للمقاصد الشرعيّة:** المقاصد الشرعيّة بالمعنى العرفي: هي "المجرّبات التي ألفتها نفوس الجماهير، واستحسنتها استحسانا ناشئًا عن تجربة ملاءمتها لصلاح الجمهور"[1]، وذلك كإدراك كون عقوبة الجاني رادعة إياه عن العود إلى مثل جنايته وردع غيره عن الإجرام، وإدراك كون الإحسان معنى ينبغي التعامل به، وإدراك كون القذارة تقتضي التطهير، وغير ذلك[2].

هذه هي معاني مقاصد الشريعة الإسلامية، التي يظهر من خلالها: أنها المعاني والحكم الملحوظة للشارع من تشريع الأحكام المؤدية لجلب نفع أو دفع ضرر؛ ولهذا فإن المقصد العام من التشريع هو حفظ نظام الأمة واستدامة صلاح ذلك النظام، وذلك بصلاح الإنسان الذي يشمل صلاح عقله وصلاح عمله وصلاح مابين يديه من موجودات العالم الذي يعيش فيه[3]، كما دل على ذلك كثير من الآيات، كقوله تعالى: ﴿ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ﴾[4]، وقوله تعالى: ﴿ وَإِذَا تَوَلَّىٰ سَعَىٰ فِي الْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ الْحَرْثَ وَالنَّسْلَ ۗ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ الْفَسَادَ ﴿٢٠٥﴾ ﴾[5]، وغير ذلك من الآيات الدالة على أن مقصد الشريعة الإصلاح وإزالة الفساد في أعمال الناس، ولذلك فإن المقاصد تتمثل في المحافظة على الضرورات، وهي: الدين، والنفس، والعرض، والنسل، والعقل، والمال[6]، وهذا أمر معلوم.

---

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، لمحمد الطاهر بن عاشور، ٥٠.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

(٣) السابق، ٦٠.

(٤) الآية وردت في سورة الأعراف مرتين: مرة في الآية ٥٦ ﴿ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا وَادْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا ۚ إِنَّ رَحْمَتَ اللَّهِ قَرِيبٌ مِّنَ الْمُحْسِنِينَ ﴿٥٦﴾ ﴾ ومرة في الآية ٨٥ ﴿ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ۚ ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ﴿٨٥﴾ ﴾.

(٥) الآية ٢٠٥ من سورة البقرة.

(٦) ضوابط التفكير الفقهي، لأستاذنا الدكتور/عبد اللطيف محمد عامر، ٢٦

الفرع الثاني:أوجه الشبه والاختلاف بين القواعد والمقاصد

من خلال هذا العرض لمعنى المقاصد، ومن خلال ما سبق ذكره من كون القاعدة قضية كلية منطبقة على أكثر جزئياتها لتعرف أحكامها منه، فإنه يتبين أن القاعدة تتصرف إلى الأحكام، بينما المقاصد تتصرف إلى المعاني والحِكَم المقصودة من الأحكام[1]، هذا من حيث الإجمال، أما من حيث التفصيل: فإن بين القواعد وبين المقاصد تشابهًا وفروقًا، تتمثل فيما يلي:-

١ - أوجه الشبه

الوجه الأول: من حيث المضمون: تجتمع القواعد الكلّية والمقاصد الكلية في المضمون، حيث توجد قواعد تعبر عن المقاصد تسمى "القواعد المقاصديّة"، التي يمكن تعريفها بأنها القواعد التي تعبر عن المعاني والحكم الملحوظة للشارع من تشريع الأحكام، لما تتضمنه من الغاية وراء الأحكام الشرعيّة.

وبعبارة أخرى: فإن هناك من القواعد ما يصلح أن يكون من صميم المقاصد؛ كقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**"، وقاعدة "**الضرر يزال**"، وقاعدة: "**درء المفاسد أولى من جلب المصالح**"، فهذه كلها قواعد، ولكنها في نفس الوقت تعبر عن المقاصد التي تكاد تكون مذكورة ذكرًا صريحًا في نصوص تلك القواعد، كتحقق التيسير، ودرء المفاسد، وهكذا، ولهذا التداخل بين القواعد والمقاصد كانت مقاصد الشريعة جزءًا من مباحث أصول الفقه[2]

الوجه الثاني: من حيث الغاية: تجتمع القواعد الكلية والمقاصد في أنهما متكاملان لإبراز شرعية الأحكام والحِكم المتعلّقة بها؛ لأن المقاصد الشرعيّة هي المعاني والأوصاف التي يريد الشارع تحصيلها من وراء تشريع الأحكام، كحفظ

---

(١) ضوابط التفكير الفقهي، لأستاذنا الدكتور/عبد اللطيف محمد عامر، ٢٦

(٢) السابق، ٢٨

النفس، والعقل، والمال، والدين، والعرض، ولأن القواعد عبارة عن الأسس التي ينطلق منها الأصولي والمجتهد لفهم النصّ الشرعي والوصول إلى الحكم[1]، فالقواعد المعبرة عن المقاصد طريق لفهم النصّ من خلال معرفة ما يحمله من معانٍ أوصاف مقصودة للشارع من وراء تشريع الأحكام.

٢ – أوجه الاختلاف

الوجه الأول: من حيث المجال: مجال القاعدة هو الأحكام الشرعيَّة، وهذا نابع من طبيعتها، حيث يندرج تحتها أحكام كثيرة، ومجال المقاصد هو التعرف على علل تلك الأحكام أو الحِكَم المقصودة منها، وهذا راجع إلى أن المقاصد الكلية تُعنَى بالغاية من وراء الأحكام الشرعيَّة حيث تبحث عن علة أو حكمة من وراء تشريع هذه الأحكام؛ فعلى سبيل المثال:"**الضرورات تبيح المحظورات**" هي قاعدة كلية، ومجالها هو الحكم الشرعي، لأنها تنصرف إلى ما يترتب على هذه القاعدة من أحكام فرعية، كأكل الميتة، والخنزير، وشرب الخمر، عند الضرورة، ولكنها لا تنصرف إلى الحكمة المقصودة من وراء هذه الإباحة، وهي التي تتمثل في حفظ النفس، أو رفع الحرج، فهذه القاعدة تصف الحالة التي يباح فيها تناول المحظورات، ولكنها لا تعلل تلك الحالة[2].

الوجه الثاني: من حيث الأثر في الأحكام: القاعدة الكلية تمثل الأساس لاستنباط الأحكام الفرعية، فهي ترسي منهجًا لهذا الاستنباط وتضع ضابطًا له، والمقصد يبرز الحكمة أو المصلحة المتوخاة من تشريع الأحكام عند نهاية الحكم، فالقاعدة الكلية تمثل البداية، والمقصد يمثل الختام أو النهاية[3].

---

(١) ضوابط التفكير الفقهي، لأستاذنا الدكتور/عبد اللطيف محمد عامر، ص٢٨.

(٢) السابق، ٢٦.

(٣) السابق، ٢٧ــ ٢٨.

رابعًا: أوجه الشبه والاختلاف بين القواعد و النظريات

مماً له علاقة بموضوع القواعد، ما يسمى: "النظريـات"، ولكـي تتـضح العلاقة بين القاعدة والنظرية لابُدَّ من معرفة معنى النظرية.

الفرع الأول: معنى النظرية

* النظرية بمفهومها العام تعني: "المسألة التي تحتاج في دراستها إلى إثبـات بالدليل"[1]، والنظرية العلميَّة "قضية تثبت بالبرهان"[2]، لذلك فـإن النظريـة تتطلـب ترابطًا في موضوع الدراسة بين مقدمتها ونتائجها، وهذا ما يفسر وصـف النظريـة بأنها: "جملة تصورات مؤلفة تأليفًا تهدف إلى ربط النتائج بالمقدمات"[3].

ومصطلح "النظريات الفقهية" من المـصطلحات المعاصـرة المـستخدمة المتداولة في أيامنا[4]، والنظرية هي: دراسة مستقلة، شاملة لموضوعات فقهية، تقوم على تفصيل الموضوع من حيث حقيقته، وأركانه، وشروطه، وأحكامه من الناحيـة الفقهية، أي أنها: "عبارة عن دراسة متكاملة لموضوع يتسم بالعموم، بحيث تمتد هـذه الدراسة إلى ما يتعلق بهذا الموضوع من بيان حقيقته، وشروطه، وأركانه، وآثـاره، وتطبيقاته"[5]، ولذلك فإن الموضوعات الفقهية التي تدرس على شكل نظريات تقـوم على عنصر الدراسة المتكاملة للموضوع الفقهي، من حيث بيان حقيقـة الموضـوع وأركانه وشروطه، وربط كل هذه العناصر بروابط فقهية تبيِّن أحكامها، ولهذا تمتـاز

---

(١) مبادئ الفقه الإسلامي، د. يوسف قاسم، ٢٢٧ والنظري عرفه الجرجاني بأنه هو: "الذي يتوقف حصوله على نظر وكسب؛ كتصور النفس، والعقل، وكالتصديق بأن العالم حادث" [التعريفات، ٢٣٧]

(٢) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د. محمد بكر إسماعيل، ١١.

(٣) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د. محمد بكر إسماعيل، ١١.

(٤) المدخل للفقه الإسلامي، لمحمد سلام مدكور، ٢٠٣؛ النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠١.

(٥) مبادئ الفقه الإسلامي، د. يوسف قاسم، ٢٢٨.

النظرية بأنها بمثابة محاور كبرى تدور حولها أحكام فقهية كثيرة[1]، مرتبطة بمجموعة من القضايا المتشابهة في الموضوع، كما توصف النظريات الفقهية بأنها "تؤلف كل منها نظامًا موضوعيًا في الفقه والتشريع"[2]، وبأنها "دساتير ومفاهيم كبرى تشكل نظامًا متكاملاً في جانب من جوانب الحياة والتشريع"[3].

ولمّا كان الفقه الإسلامي يزخر بموضوعاته الفقهية، فإن كل موضوع فيه يمثل نظرية عامة في جانب من جوانبه، ومن أمثلة ذلك: نظرية الإثبات، ونظرية العقد، ونظرية الضمان[4]، فهذه موضوعات فقهية، ودراستها بشكل نظريات يقوم على دراسة عناصر كل موضوع من حيث: حقيقته، وأركانه، وشروطه، وأحكامه؛ فمثلا: نظرية الإثبات في الفقه الجنائي الإسلامي تتألف من عدة مواضيع تشكل عناصر هذه النظرية، وهذه العناصر هي: حقيقة الإثبات، والشهادة وشروطها، وكيفيتها، والرجوع عنها، ومسئولية الشاهد، والإقرار والقرائن، والخبرة، ومعلومات القاضي، والكتابة، واليمين، والقسامة، فكل موضوع من هذه المواضيع عنصر من عناصر هذه النظرية، وتندرج تحته فصول، والرابط بينها علاقة فقهية تقوم على دراسة أحكام كل عنصر من عناصر الموضوع[5].

---

(١) قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي، د. محمد الروكي، ١١٦؛ القواعد الفقهية، للندوي، ٦٣؛ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د. محمد بكر إسماعيل، ١١

(٢) لمحة تاريخية عن القواعد الفقهية الكلية، لمصطفى أحمد الزرقا- في مقدمة شرح القواعد الفقهية، للشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا- ٣٤.

(٣) النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠٢.

(٤) المدخل للفقه الإسلامي، لمحمد سلام مدكور، ٢٠٣؛ النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠١، ٢٠٢؛ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه د. محمد بكر إسماعيل، ١١.

(٥) القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٦٤، ٦٣؛ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د. محمد بكر إسماعيل، ١١

الفرع الثاني: أوجه الشبه والاختلاف بين القواعد والنظريات

بين القواعد والنظريات وجه شبه واحد وعدة أوجه يفترقان فيها، وتوضيح ذلك كما يلي:

١ – وجه الشبه

تجتمع القواعد والنظريات في شمول كل منهما لجزئيات موضوعية(١)، فهما يجتمعان في هذه الجزئية، فالقاعدة يندرج تحتها عدة فروع، والنظرية يندرج تحتها عدة عناصر تشكل جزئيات لموضوع النظرية، ولهذا فإن كلاً من القاعدة والنظرية عبارة عن الأساس الذي تقوم عليه الأحكام التفصيليّة للموضوعات المتشابهة(٢)، إلا أن هذا التشابه بين القاعدة والنظرية لا يعني الترادف بين القاعدة والنظرية، كما جنح إلى ذلك الدكتور/ نصر فريد واصل، الذي عرّف النظرية بأنها: "عبارة عن القاعدة العامّة التي يدخل تحتها جميع الأمور المتشابهة المتساوية من حيث الشروط التي تتطلبها هذه القاعدة" (٣)، وتتأكد هذه المرادفة بتمثيله لنظرية العقد التي عرفها بأنها" القاعدة العامّة التي تشمل كلّ العقود المتشابهة من حيث المنشأ والأثر عند تطبيق شروط هذه القاعدة عليها" (٤)، فكلامه يدل على التصريح بإطلاق القاعدة على النظرية.

وهذا الترادف – وإن كان يُحمل على أن فيه تقريبًا للمعاني الفقهية وتبسيطها للناس، وعلى أن فيه ذكر نوع من العموم الذي يجمع بين القاعدة والنظرية من حيث شمول كلّ منهما لموضوعات جزئية(٥) – إلا أن في هذا الترادف خلطًا بين

---

(١) قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، د. محمد الروكي١١٥،

(٢) المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية، د. نصر فريد واصل، ١٩٢

(٣) السابق، ٢١٢

(٤) السابق، نفس الصفحة

(٥) قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، د. محمد الروكي، ١١٥

مفهوم النظرية ومفهوم القاعدة، فكل منهما له مفهوم خاص، كما سبق، فليست القواعد والنظريات بمعنى واحد، بل القواعد شيء والنظريات شيء آخر[1].

٢ – أوجه الاختلاف

الوجه الأول: من حيث المقومات: النظريات الفقهية تشتمل على أركان وشروط تقوم عليها، بخلاف القواعد الفقهية فليس لها أركان وشروط[2]، ولكنها تقوم على عنصر استيعاب المعنى الجامع للفروع الجزئية وصياغته بإيجاز على شكل قاعدة، وبناء على هذا فإن القاعدة الفقهية تمتاز بإيجاز الصياغة وسعة المعنى، وتمتاز النظرية بالبحث المفصل للموضوع المدروس[3]، نظرًا لشمولها جانبًا واسعًا من الفقه، وتصنيفه تصنيفًا ينتظم به كل موضوع فقهي في إطار واحد يشمل جميع جزئياته.

الوجه الثاني: من حيث تضمن كل منهما لحكم فقهي: القاعدة الفقهية والنظرية – وإن كان في كل منهما دراسة للأحكام الفقهية – إلا أن القاعدة الفقهية تختلف عن النظرية، من حيث إنَّ القاعدة الفقهية تتضمن حكمًا فقهيًا في ذاتها، وهذا الحكم ينتقل إلى الفروع المندرجة تحتها؛ لأن القاعدة تعتبر أصلاً بنيَ على استيعاب الحكم الموجود في غالب الفروع، وهذا الحكم المستوعب في غالب الفروع مستوعب أيضًا في صياغة القاعدة ذاتها، بينما لا تتضمن النظرية الفقهية حكمًا فقهيًا في ذاتها، وإنما تشتمل على أحكام عامة[4]؛ لأن النظرية تتكون من دراسة موضوع فقهي من كافة جوانبه، لذلك فإن الأحكام الفقهية لا تتضح إلا من خلال تلك الدراسة المفصلة، أما

---

(١) المدخل للفقه الإسلامي، لمحمد سلام مدكور، ٢٠٣

(٢) القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٦٥؛ النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠٢؛ المقاصد الشرعيَّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز عزام، ٢١.

(٣) القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٦٦؛ قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، د. محمد الروكي، ١١٥.

(٤) القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٦٥؛ المقاصد الشرعيَّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز عزام، ٢١

موضوع النظرية في حد ذاته فلا يشكل حكمًا فقهيًا؛ فمثلاً: قاعدة: "**اليقين لا يـزول بالشك**"، تضمنت حكمًا فقهيًا في ذاتها، وهو عدم زوال اليقين بالشك عند اجتماع اليقين والشك في مسألة من المسائل، بخلاف النظرية التي لا تمثل حكمًا في ذاتها؛ فمثلاً نظرية الملك أو نظرية العقد أو غيرهما لا يفهم منها حكمًا في ذاتها؛ لأن الأحكام التي تشملها كل نظرية لا تتضح إلا بالدراسة والبحث والتجميع لكل جوانب الموضوع الفقهي، بحيث يتكون منها – في نهاية الأمر – جمع متكامل للأحكام الفقهية المتعلّقة بذلك الموضوع من جميع جوانبه[1]

الوجه الثالث: من حيث المجال: تختلف القاعدة الفقهية عن النظرية من حيث المجال، ولكن هذا المجال لا يعني إطلاق القول بأن "القاعدة الفقهية أضيق نطاقًا من النظرية الفقهية العامّة"[2]؛ لأن من القواعد الفقهية ما يدخل في أبواب الفقه؛ كالقواعد الخمس الكبرى، ومنها ما يدخل في كثير من أبواب الفقه؛ كالقواعد الفقهية التي هي أدنى مرتبة من القواعد الكبرى، ومنها ما يختص بباب من أبواب الفقه، وهي الضوابط، وتبعًا لهذا التنوع في القواعد، فإنه يمكن القول: إن القواعد الفقهية أوسع نطاقًا من النظريات في جانب، وأضيق منها في جانب آخر، فالقواعد الفقهية أوسع نطاقًا من النظريات من حيث وجود مجموعة من القواعد الفقهية في إطار كل نظرية[3]، فالقواعد تدخل في دراسة النظريات لكون تلك القواعد مبادئ تراعى في تخريج الأحكام[4]، فعلى سبيل المثال: نظرية العقد عبارة عن دراسة متكاملة للعقد من جميع جوانبه، وقاعدة "**الأمور بمقاصدها**" تعتبر إحدى القواعد الكلية الكبرى، كونها تدخل في أغلب أبواب الفقه، لذلك يتعين مراعاتها عند دراسة نظرية العقد، وليست نظرية

---

(١) نظرية التقعيد الفقهي، د. محمد الروكي، ٦١، ٦٠.

(٢) قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي، د. محمد الروكي، ١١٦.

(٣) النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠٢.

(٤) مبادئ الفقه الإسلامي، د. يوسف قاسم، ٢٢٨.

العقد وحدها هي التي تُراعى بشأنها قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**"، بل ينبغي مراعاة هذه القاعدة في كل تصرفات الإنسان، وفي كل أعماله وأقواله[1].

وتعتبر القواعد الفقهية أضيق نطاقًا من النظريات الفقهية بالنسبة للقواعد التي ينحصر مجالها في نطاق معين[2]، فعلى سبيل المثال: قاعدة "**العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني**" ينحصر مجالها في نطاق العقود، فهي تفسر صيغة العقد، وموضوعه، لتحديد الآثار المترتبة عليه، لذلك فإن هذه القاعدة – بالنسبة لنظرية العقد – ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من تلك النظرية[3]؛ لأن نظرية العقد تتناول العقود في مختلف جوانبها، من التعريف، والأركان، والشروط، والآثار، وغير ذلك[4]، وهذا هو ما عناه الشيخ/ مصطفى الزرقا بقوله: "قد تأتي القاعدة الكلية ضابطًا خاصًا بناحية من نواحي إحدى تلك النظريات"[5]

ويترتب على اندراج مجموعة من القواعد الفقهية تحت إطار النظرية صلاحية أن تكون النظرية قاعدة كبرى لقواعد كثيرة تجمعها الرابطة الموضوعية فيما بينها، بمعنى أنه يمكن وضع مجموعة من القواعد تحت عنوان "نظرية"؛ لوجود مزايا مشتركة بين تلك القواعد في موضوعها العام، كالقواعد المتعلّقة بالعُرف، مثل قاعدة: "**العادة مُحكّمَة**"، و"**استعمال الناس حجة يجب العمل به**"، و"**المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا**"، و"**إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت**"، فهذه مجموعة من القواعد الفقهية المعروفة يمكن وضعها جميعًا تحت عنوان "نظرية العُرف"؛ لأن

---

(١) مبادئ الفقه الإسلامي، د. يوسف قاسم، ٢٢٨

(٢) المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية، د. نصر فريد واصل، ١٩٢

(٣) القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د. محمد بكر إسماعيل، ١١، النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠٢، المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية، د. نصر فريد واصل، ١٩٢

(٤) النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠٢.

(٥) لمحة تاريخية عن القواعد الفقهية الكلية، لمصطفى أحمد الزرقا في مقدمة شرح القواعد الفقهية لوالده أحمد ابن محمد الزرقا، ٣٤.

العُرف هو الطابع العام الغالب على جميع هذه القواعد المذكورة[1].

الوجه الرابع: من حيث السَّبْق الزمني: تعتبر القواعد أسبق في التأليف والظهور من النظريات، وهذا واضحٌ؛ لأن النظريات الفقهية مصطلح معاصر، وهذا أمر لم يختلف فيه الباحثون، على اعتبار أنه نمط جديد من الدراسة يقوم على دراسة مواضيع فقهية على هيئة نظريات في الفقه الإسلامي – كنظرية العقد، ونظرية الضرورة، وغيرهما – التي شرع العلماء المعاصرون في صياغتها في هذا القرن، نتيجة للنهضة الفقهية، وظهور الدراسات المقارنة في الفقه الإسلامي، وبينه وبين القانون الوضعي، ومن خلال تلك الدراسة والمقارنة استخلص العلماء المعاصرون هذا الأسلوب، ممَّا يتيح للباحث والدارس أن يحصل على منهج الإسلام وآراء الفقهاء في كل جانب من جوانب التشريع في الإسلام[2].

وإذا كان مصطلح النظريات مصطلحًا معاصرًا إلا أن هذا لا يعني أن دراسة الفقه الإسلامي لا تتم إلاّ بدراسته على هيئة نظريات، كما ذهب إلى ذلك أحد الباحثين، الذي قال عن أسلوب النظريات: إنه "اقتبسه الفقهاء المسلمون المحدثون من فقهاء الغرب على يد الدارسين بكليَّات الحقوق الذين أخذوا يدرسون الفقه في نطاق واسع، واتصلّ رجاله برجال القانون وأفاد كلا الفريقين من الآخر وأثر كل منهما في الآخر وتأثر به، فكان من نتائج ذلك أن أصبح عرض المسائل والموضوعات الفقهية يخضع لنظام النظريات الفقهية"[3].

وهذا يجاب عنه: بأن النظريات وإن كان فيها دراسة متكاملة لموضوع

---

(١) القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٦٥؛ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د. محمد بكر إسماعيل، ١٢؛ المقاصد الشرعيَّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز عزام، ٢١، ٢٢. وستأتي دراسة تفصيلية لهذه القواعد عند دراسة قواعد العرف.

(٢) المدخل للفقه الإسلامي، لمحمد سلام مدكور، ٢٠٣، مبادئ الفقه الإسلامي، د. يوسف، قاسم ٢٢٨؛ المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية، د. نصر فريد واصل، ١٩٢؛ النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠١؛ نظرية التقعيد الفقهي، د. محمد الروكي، ٦١؛ القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٦٣.

(٣) نظرية التقعيد الفقهي، د. محمد الروكي، ٦١-٦٢.

فقهي معين، إلا أن هذا لا يعني أن عرض الفقه الإسلامي أصبح قاصرًا على دراسته في شكل نظريات؛ لأن الفقه الإسلامي لا يأبى التجديد حتى في طريقة عرضه، ودراسته على هيئة نظريات تقوم على التنويع والتقسيم والتحليل، يعتبر مسلكًا يفيد في تأصيل الفقه الإسلامي وتقنينه؛ لأنه غنيٌّ بقواعده وضوابطه، ممّا يجعله صالحًا للتقنين والتطبيق في كل زمان ومكان دون أن يتعارض مع المصالح العامّة أو يتخلف عن ركب الحضارة والتقدم أبدًا.

ومن المُلاحَظ أيضًا أن من الباحثين من اتهم علماء الفقه القدامى بالتقصير في التأليف في الفقه الإسلامي على هيئة نظريات، فالأستاذ/ محمد مصطفى شلبي يقول: "نحن لا ننفي عنهم تهمة التقصير في التأليف فيه على هيئة نظريات عامة، وهى نوع آخر غير القواعد السابقة؛ كنظرية العقد، ونظرية الالتزام مثلا..." [(١)]

وقد سبق إلى مثل هذا القول الدكتور السنهوري وأبو ستيت اللذان أشارا إلى هذا بقولهما: "وفقهاء المسلمين كفقهاء الرومان شادوا الشريعة الإسلامية على الجزئيات والفروع، ولم يستخلصوا منها الأصول والمبادئ إلاّ في القليل النادر، كما في الأشباه والنظائر... إلى أن قالا:... إنه إذا وجد في العصور الحديثة بعض فقهاء من الإنجليز انقطعوا للفقه وتخصصوا للدراسة النظرية ففي الماضي لم يكن هناك فقيه انصرف للفقه الخالص، بل كان بعض القضاة والمحامين يقومون بعمل بعض المؤلفات الفقهية التي تغلبت فيها الصبغة العملية"[(٢)].

وهذا كله يجاب عنه: بأن الفقهاء القدامى – وإن لم يتداولوا لفظة " النظرية الفقهية" في مؤلفاتهم – إلا أن مؤلفاتهم هي التربة الخصبة التي انطلق منها العلماء المعاصرون لدراسة الفقه على هيئة نظريات، فالناظر في الفقه الإسلامي يجد أن ما كتبه العلماء من مسائل الفقه وأحكامها في إطار الأبواب والفصول يستوعب مادة

---

(١) المدخل في الفقه، ٣٢٨.

(٢) أصول القانون، ١٣٢– ١٣٣

كاملة يمكن صياغة النظريات منها، وذلك بالجمع والتجريد[1]؛ فمثلا: إذا كان فقهاؤنا لم يعقدوا لنظرية العقد بابًا أو فصلاً مستقلاً عنها، لكن ذلك مبثوث بطريقة مباشرة بالأمثلة في كافة أبواب الفقه الإسلامي، وبالرجوع إلى ما كتبوه في عقود البيوع، والإجارات، والشركة، والشفعة، والقسمة، والرهن، والقرض، والهبة، والنكاح، وسائر العقود الأخرى، يمكن تكوين صورة تامة كاملة عن العقد، وحقيقته، وأركانه، وشروطه، وصحته، وغير ذلك من مباحث العقود الأخرى، وكل ذلك يكوّن دائرة واحدة هي نظرية العقد، فالفقه الإسلامي بصفة عامة تنطوي تحته النظريات الفقهية، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن الفقهاء القدامى قد بذلوا جهودًا ضخمة في عرض الفقه الإسلامي، وترتيبه على حسب أبواب الفقه، وهذا العرض هو الأساس الذي بنى عليه العلماء المعاصرون دراسة الفقه على هيئة نظريات، كما أن تأليف العلماء القدامى في القواعد والضوابط قد أفاد منه المعاصرون في بناء النظريات الفقهية؛ لأن هذه القواعد والضوابط تعتبر مرحلة ممهدة لجمع القواعد المتشابهة والمبادئ العامّة لإقامة نظرية عامة في جانب من الجوانب الأساسية[2]، ولهذا كله يمكن القول: إن النظريات الفقهية والقواعد الفقهية يمثّل كل منهما أسلوبًا علميًا للبحث الفقهي الدقيق.

---

(١) نظرية التقعيد الفقهي، د. محمد الروكي، ٦٣.

(٢) النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠١.

المبحث الخامس

أسس القواعد وحجيتها في الأحكام في الشريعة والقانون اليمني والمميزات التي تيسر الإفادة منها وأوجه تلك الإفادة في الشريعة والقانون.

أولاً: أسس القواعد في الشريعة الإسلامية

للقواعد في الشريعة الإسلامية أسس، أولها القرآن الكريم، ثم السنة النبوية، ثم الإجماع، ثم الاجتهاد، وهذه الأسس يمكن تقسيمها على قسمين، هما: -

القسم الأول: قواعد أساسها النُصوص

وهذا القسم يتمثل في القواعد التي أساسها نصوص القرآن والسنة، وهذا سيتضح على النحو التالي: -

الفرع الأول: قواعد أساسها القرآن الكريم

القرآن الكريم جاء بمبادئ عامة وقواعد كلية وضوابط شرعية، لتكون منارًا وهداية للعلماء في وضع التفاصيل التي تحقق أهداف الشريعة وأغراضها العامّة وتتفق مع مصالح الناس وتطور الأزمان واختلاف البيئات، ومن أهم الأهداف التي تحققها المبادئ العامّة: تأكيد الكمال في دين الله الذي ورد في قوله تعالى: ﴿ ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ وَأَتۡمَمۡتُ عَلَيۡكُمۡ نِعۡمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلۡإِسۡلَٰمَ دِينٗاۚ ﴾ [1]، كما أن المبادئ العامّة تبين ميزة المرونة في التشريع الإسلامي لمسايرة جميع العصور والبيئات ليبقى صالحًا للتطبيق في كل زمان ومكان، وهذه المبادئ العامّة في القرآن الكريم كانت مصدرًا مباشرًا لاستنباط القواعد عند تعليل الأحكام وتجدد الحوادث؛ لما أحاطت به بعض آيات القرآن الكريم من كثير من الأحكام في بضع كلمات.

---

(١) من الآية ٣ من سورة المائدة.

١ – فمن الآيات التي جرت مجرى القواعد ما يلي: –

أ- قولـه تعـالى: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾ ﴾[1]، فهـذه الآيـة تضمنت ثلاث قواعد، بعبارات موجزة، هي: قاعدة التخلق بالعفو، وقاعدة الأمر بكل ما هو حسن، وقاعدة الإعراض عن الجاهلين، وهذا ما وضحه القرطبـي[2] بقولـه: "هذه الآية من ثلاث كلمات، تضمنت قواعد الشريعة فـي المـأمورات والمنهيـات، فقوله: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ ﴾دخل فيه صلة القاطعين، والعفو عن المذنبين، والرفق بالمؤمنين، وغير ذلك من أخلاق المطيعين، ودخل في قولـه: ﴿وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾صـلة الأرحـام، وتقوى الله في الحلال والحرام، وغضّ الأبصار، والاستعداد لدار القرار، وفي قوله: ﴿وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾ ﴾الحضّ على التعلق بالعلم، والإعراض عن أهل الظلـم، والتنزه عن منازعة السفهاء ومساواة الجهلة الأغبياء، وغير ذلك من الأخلاق الحميدة والأفعال الرشيدة"[3]، فهذه الآية الكريمة – باعتبارها قاعدة تشريعية جامعة لمكـارم الأخلاق – يستنبط منها كثير من القواعد، كما أشار إلى ذلك القرطبي.

ب – قولـه تعـالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّى ٱلصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ إِنَّ ٱللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ﴿١﴾ ﴾ [4]، فهذه الآية تضمنت قاعدة، هي

---

(١) الآية ١٩٩ من سورة الأعراف.

(٢) هو محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرْح الأنصاري الخزرجي المالكي أبو عبد الله القرطبي، مفسر، قال الذهبي: إمام، متقن، متبحر في العلم، توفي بمنية بني خصيب بمصر في شوال سنة إحدى وسبعين وستمائة (٦٧١هـ)، ومن تصانيفه: "الجامع لأحكام القرآن"، و "الأسنى في شرح أسماء الله الحسنى"، و"التذكرة في أحوال الموتى والآخرة". انظر في ترجمته:[شذرات الذهب، ٣٣٥/٥، طبقات المفسرين، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت ٩١١هـ) تحقيق: على محمد عمر، مكتبة وهبة، القاهرة، ط١، ١٣٩٦ هـ – ١٩٧٦م، طبع مطبعة الحضارة العربية، الفجالة، ٩٢].

(٣) الجامع لأحكام القرآن، ٣٤٤/٧.

(٤) الآية الأولى من سورة المائدة.

الوفاء بكل عقد مشروع، واحترام ما يلتزم به الإنسان مع الناس[1]، فالأمر بالوفاء بالعقود من الأحكام التي تدل عليها هذه الآية رغم قلة ألفاظها[2].

ج ـ قوله تعالى: ﴿ فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ۝٧ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ۝٨ ﴾ [3]، فهذه الآية قال فيها القرطبي: "هذا مثل ضربه الله تعالى أنه لا يغفل من عمل ابن آدم صغيرة ولا كبيرة"[4]؛ فهذه الآيات جرت مجرى القواعد.

٢- ومن الآيات التي استنبط العلماء منها بعض القواعد واستدلوا عليها بها، ما يلي: -

أ- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقُولُوا۟ رَٰعِنَا وَقُولُوا۟ ٱنظُرْنَا وَٱسْمَعُوا۟ وَلِلْكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ۝١٠٤ ﴾[5]، فهذه الآية تدل على قاعدة من قواعد الأصول، وهي قاعدة سدّ الذرائع، ففي هذه الآية دليل على "التمسك بسدّ الذرائع وحمايتها"[6]، والذريعة "عبارة عن أمر غير ممنوع لنفسه يخاف من ارتكابه الوقوع في ممنوع"[7]، وقد بيّن القرطبي وجه الاستدلال بهذه الآية على قاعدة سدّ الذرائع بقوله: "ووجه التمسك بها: أن اليهود كانوا يقولون ذلك، وهي سبٌّ بلغتهم، فلما علم الله ذلك منهم منع من إطلاق ذلك اللفظ؛ لأنه ذريعة للسب، وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾ [8] فمنع من سبّ آلهتهم مخافة مقابلتهم بمثل ذلك"[9].

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي البورنو، ٣٠.

(٢) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ٣١/٦.

(٣) الآيتان٧، ٨ من سورة الزلزلة.

(٧) الجامع لأحكام القرآن، ١٥٠/٢٠

(٥) الآية١٠٤ من سورة البقرة.

(٦) الجامع لأحكام القرآن، ٥٧/٢.

(٧) السابق ٥٧/٢- ٥٨.

(٨) من الآية ١٠٨ من سورة الأنعام.

(٩) الجامع لأحكام القرآن، ٥٨/٢.

ب ـ قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[3]، ففي هذه الآيات دليل على رفع الحرج، وهي المعبر عنها بقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**"، ووجه الدلالة في هذه الآيات وما سواها من الآيات الأخرى التي تضافرت في رفع الحرج: أن الشريعة الإسلامية تتوخى دائمًا رفع الحرج عن الناس، وقد دلت هذه الآيات على ذلك لعموم معناها، وانطلاقًا منها استنبط الفقهاء هذه القاعدة وفرعوا عليها أحكامًا كثيرة، وعالجوا بها كثيرًا من المسائل[4]، ولعموم مثل هذه الآيات فإن القرطبي قال في قوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[5]: "هذه الآية تدخل في كثير من الأحكام"[6]؛ ولذلك كانت هذه القاعدة فقهية وأصولية عامة لما هو مقطوع بها لتوافر الأدلّة عليها[7]، ولأهميتها قال القرطبي: "قال العلماء: رفع الحرج إنما هو لمن استقام على منهاج الشرع، وأما السلّابة والسُّرّاق وأصحاب الحدود فعليهم الحرج، وهم جاعلوه على أنفسهم بمفارقتهم الدين"[8].

وقد بيّن محمد رشيد رضا أن هذه الآيات أصل لقاعدة المشقة تجلب التيسير، حيث ذكر حكمة تشريع اليسر عند قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾بقوله: "ذلك بأن الله تعالى لا يريد إعنات الناس بأحكامه، وإنما

---

(١) من الآية ١٨٥ من سورة البقرة.

(٢) من الآية ٦ من سورة المائدة.

(٣) من الآية ٧٨ من سورة الحج.

(٤) القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٣٠٣.

(٥) من الآية ٧٨ من سورة الحج.

(٦) الجامع لأحكام القرآن، ١٢/١٠٠، ومعنى من حرج: أي من ضيق[السابق، ١٢/١٠٠]

(٧) القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٣٠٢.

(٨) الجامع لأحكام القرآن، ١٢/١٠١.

يريد اليسر لهم وخيرهم ومنفعتهم، وهذا أصل في الدين يرجع إليه غيره، ومنه أخذوا قاعدة المشقة تجلب التيسير"[1].

الفرع الثاني: قواعد أساسها السنة النبوية

السنة النبوية الشريفة تعتبر مصدرًا من مصادر القواعد.

١ – فهناك أحاديث نبوية هي من قبيل جوامع الكلم أجراها العلماء مجرى القواعد الفقهية، ومن أمثلة ذلك، ما يلي: –

أ – ما روي عن ابن عباس وغيره، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ**»[2]، فإن هذا الحديث سار سير القواعد الكلية

---

(١) تفسير القرآن الحكيم، المسمى "تفسير المنار"، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٢م، ١٥/١[والكتاب يحتوى على نقل عن الإمام محمد عبده وتعقيبات لمحمد رشيد رضا].

(٢) حديث «لا ضرر ولا ضرار» يخرجه ابن ماجه عَنْ عُبَادَةَ بن الصَّامِت: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى أَنْ لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، (١٣) كتاب الأحكام (١٧) باب من بنى في حقه ما يضر بجاره حديث رقم (٢٣٤٠) ٧٨٤/٢] سنن ابن ماجه، تحقيق وترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي، بدون تاريخ]، وأخرجه ابن ماجه –أيضًا– في نفس الكتاب، والباب، والجزء، والصفحة، حديث رقم (٢٣٤١) عن ابن عباس، قال:قال رسول الله ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»، وأخرجه أحمد، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «**لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، وَلِلرَّجُلِ أَنْ يَجْعَلَ خَشَبَةً فِي حَائِطِ جَارِهِ، وَالطَّرِيقُ الْمِيتَاءُ سَبْعَةُ أَذْرُعٍ**» [المسند، طبعة المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٥م، ط ٥، ٣١٣/١]، وأخرجه الطبراني، عن جابر بن عبد الله، قال: قال رسول الله ﷺ: «**لا ضَرَرَ وَلا ضِرَارَ فِي الإِسْلامِ**» [المعجم الأوسط، تحقيق: أبي معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، وأبي الفضل عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، الناشر: دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ١٤١٥ هـ – ١٩٩٥م، حديث رقم (٥١٩٣) ٢٣٨/٥]، وأخرجه الحاكم في كتاب البيوع، باب التشديد في أداء الدين، عن أبي سعيد الخدري ط أن رسول الله ﷺ قال: "لا ضرر ولا ضرار، من ضار ضاره الله، ومن شاق شاق الله عليه"، وقال: " هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه". [المستدرك على الصحيحين وبذيله التلخيص، للحافظ محمد بن أحمد بن عثمان بن الذهبي، طبعة

الكبرى[1]، وهو نصّ في قاعدة "**الضرر يزال**"، ودليل على تحريم الضرر بأنواعه، قال ابن رجب الحنبلي ـ في هذا الحديث ـ: "وبكلّ حال فالنبي ﷺ إنما نفى الضررَ والضرارَ بغير حقّ"[2].

وهذه القاعدة التي تعبّر عن معنى الحديث المذكور تضافرت الأدلّة من الكتاب والسنة على بيانها وتأييدها، ولذلك قال الشاطبي في هذا الحديث: "إنه "داخل تحت أصل قطعي في هذا المعنى، حيث إنّ الضّرر والضرار مبثوث منعه في الشّريعة كلها في وقائع جزئيات وقواعد كليّات، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾[3] و﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾[4] و﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾[5] الآية، ومنه النهي عن التعدي على النفوس، والأموال، والأعراض، وعن الغصب، والظلم، وكل ما هو في هذا المعنى إضرارٌ أو ضرارٌ فهو معنى في غاية العموم في الشريعة

مزيدة بفهرس الأحاديث الشريفة، بإشراف: د. يوسف عبد الرحمن المرعشلي، طبعة دار المعرفة، بيروت – لبنان، بدون تاريخ ٢/٥٧-٥٨] والتلخيص لخصه الذهبي من كتاب المستدرك للحاكم، والحديث ذكره الهيثمي، كما ذكره الطبراني بلفظه عن جابر بن عبد الله، وقال: "رواه الطبراني في الأوسط، وفيه ابن إسحاق، وهو ثقة، ولكنه مدلس"، وعن عائشة أن رسول الله ﷺ قال:" لا ضرر ولا ضرار"، رواه الطبراني في الأوسط، وسمر بن حمد بن رشدين، وهو ابن محمد بن الحجاج بن رشدين، وقال ابن عدي: "كذبوه".[مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، الناشر: دار الريان للتراث، القاهرة، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بدون تاريخ، باب "لا ضرر ولا ضرار" ٤/١١٠].

(١) القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٢٨٧؛ الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د.محمد صدقي البورنو، ٣٢.

(٢) جامع العلوم والحكم، ٢/٥٣٥.

(٣) من الآية ٢٣١ من سورة البقرة.

(٤) من الآية ٦ من سورة الطلاق.

(٥) من الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.

لا مراء فيه ولا شك"[1]، وهذا يعني أن هذه القاعدة دلت عليها نصوص من الكتاب والسنة.

ب – ما روي عن ابن عباس ب أن رسول الله ﷺ قال: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لذَهَبَ دِمَاءُ قَوْمٍ وَأَمْوَالُهُمْ...»، وأنه قال: «الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»[2]، فهذا الحديث يرى الناظر فيه أن الرسول ﷺ نصب قاعدة محكمة يلجأ إليها الحاكم أو القاضي عند فضّ الخصومات ورد الحقوق إلى أربابها، وتلك القاعدة التي نص عليها، هي قاعدة "**البيّنة على المدعي واليمين على المنكر**"[3] فالمدعي يستحق ببينته ما ادعى، واليمين على المدعى عليه، فتبرأ ذمته باليمين؛ لأنها واجبة عليه ويؤخذ بها[4].

ج – ما روي عن عائشة ك أنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنِ

---

(١) الموافقات في أصول الشريعة، شرحه وخرج أحاديثه: الشيخ/عبد الله دراز، وضع تراجمه: الأستاذ/محمد عبد الله دراز، خرج آياته وفهرس موضوعاته: عبد السلام عبد الشافي محمد، طبعة في مجلد واحد، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت– لبنان، ط١، ١٤٢٥هـ -٢٠٠٤م، ٣/٩-١٠.

(٢) الحديث أخرجه البخاري بسنده عن ابن عباس قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لذَهَبَ دِمَاءُ قَوْمٍ وَأَمْوَالُهُمْ...» وقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ».[(٦٨) كتاب التفسير (٦١) باب ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُولَٰئِكَ لَا خَلَاقَ ﴾ [من الآية ٧٧ من سورة آل عمران] حديث رقم (٤٢٧٧) ٤/١٦٥٦ـ ١٦٥٧]. وأخرجه مسلم بسنده أيضًا عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»، وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»، وأخرجه أيضًا عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ "قَضَى بِالْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ". [(٣٠) كتاب الأقضية (١) باب اليمين على المدعى عليه، حديث رقم (١٧١١) ٣/١٣٣٦].

(٣) المادة (٧٦) من مجلة الأحكام العدلية.

(٤) جامع العلوم والحكم، لابن رجب ٢/٥٥٠.

المُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ...»[1]، فهذا الحديث قاعدة مهمة في باب القضاء، يتجلى فيها

---

(1) الحديث أخرجه الترمذي، عن عائشة، عن رسول الله ﷺ أنه قال: «ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فَإِنَّ الإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ» انظر[الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: إبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط1، 1382هـ ــ 1962م (15) كتاب الحدود (2) باب ما جاء في درء الحدود، حديث رقم (1424)، 4/33/34، وقال:" حديث عائشة لا نعرفه مرفوعا إلا من حديث محمد بن ربيعة، عن يزيد بن زياد الدمشقي، عن الزهري، عن عائشة عن النبي ﷺ ورواه وكيع، عن يزيد بن زياد، نحوه، ولم يرفعه، ورواية وكيع أصح، وقد روي نحو هذا عن غير واحد من أصحاب النبي ﷺ أنهم قالوا مثل ذلك، ويزيد بن زياد الدمشقي ضعيف في الحديث، ويزيد بن أبي زياد الكوفي أثبت من هذا وأقدم"، وأخرجه البيهقي، عن عائشة قالت: قال رسول الله ﷺ: «ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَخْرَجٌ فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فَإِنَّ الإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعُقُوبَةِ»، ورواه وكيع، عن يزيد بن زياد، موقوفا على عائشة، وقال ــ عن يزيد بن زياد الشامي ــ: " فيه ضعف، ورواية وكيع أقرب إلى الصواب والله أعلم". انظر: [السنن الكبرى، وفي ذيله الجوهر النقي، لعلاء الدين علي بن عثمان المارديني، الشهير بابن التركماني: (ت 745هـ) ط1، بمطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، بحيدر أباد، الدكن، الهند، سنة 1354هـ، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحدود بالشبهات، 8/238]، وأخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب الحدود، باب إن وجدتم لمسلم مخرج فخلوا سبيله، عن يزيد بن زياد الأشجعي، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة ك أن رسول الله ﷺ قال: «ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ، فَإِنْ وَجَدْتُمْ لِمُسْلِمٍ مَخْرَجًا فَخَلُّوا سَبِيلَهُ، فَإِنَّ الإِمَامَ أَنْ يُخْطِئَ فِي الْعَفْوِ خَيْرٌ مِنْ أَنْ يُخْطِئَ بِالْعُقُوبَةِ» (هكذا)، وقال الحاكم: " حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه". انظر:[المستدرك، 4/384ــ 385]وقال الذهبي: "قال النسائي: يزيد بن زياد شاميٌّ متروك" انظر:[التلخيص بهامش المستدرك، للحاكم 4/384]وقال ابن حجر: " حديث ادرءوا الحدود بالشبهات"، الترمذي، والحاكم، والبيهقي من طريق الزهري، عن عروة، عن عائشة"، وأورده بلفظ الترمذي، وقال: "وفي إسناده يزيد بن زياد الدمشقي، وهو ضعيف، قال فيه البخاري: منكر الحديث، وقال النسائي: متروك، ورواه وكيع عنه موقوفا وهو أصح، قاله الترمذي، قال: وقد روي عن غير واحد من الصحابة أنهم قالوا ذلك". انظر:[تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، علق عليه واعتنى به: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، ط1، مؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، 1416هـ ــ 1995م، 4/104ــ 105، وأخرجه الخطيب البغدادي، عن صالح بن عبد

الاحتياط والتدقيق في تنفيذ الحدود والقضاء.

د – ما روي عن عمر بن الخطاب ط عن رسول الله ﷺ: «**إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى...**»[1]، فهذا الحديث دليل على قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**"، قال ابن رجب في هذا الحديث: "هاتان كلمتان جامعتان وقاعدتان كليتان لا يخرج عنهما شيء"[2].

٢ – ومن الأحاديث التي استدل بها العلماء على بعض القواعد مع أن نصّ الأحاديث لم يكن قاعدة في حد ذاته، ما يلي:ـ

أ – ما روي عن أبي سعيد الخدري ط عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلَمْ يَدْرِ كَمْ صَلَّى ثَلَاثًا أَمْ أَرْبَعًا؛ فَلْيَطْرَحْ الشَّكَّ وَلْيَبْنِ عَلَى مَا اسْتَيْقَنَ...**»[3]، فهذا الحديث استدل به على قاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**"، قال

الفدوس أنه قال: قال النبي ﷺ: «ادْرَءُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ» وقال:" ويقال أنه كان مشهورًا بالزندقة". انظر: [تاريخ بغداد، أو مدينة السلام منذ تأسيسها حتى سنة ٤٦٣هـ، دار الكتب العلميّة، بيروت–لبنان، ٣٠٣/٩].

(١) الحديث أخرجه البخاري عن عمر بن الخطاب ط قال: "سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى، فَمَنْ كَانَتْ هِجْرَتُهُ إِلَى دُنْيَا يُصِيبُهَا أَوْ إِلَى امْرَأَةٍ يَنْكِحُهَا، فَهِجْرَتُهُ إِلَى مَا هَاجَرَ إِلَيْهِ» انظر:[صحيح البخاري (١)، كتاب بدء الوحي (١) باب كيف كان بدء الوحي إلى رسول الله ﷺ حديث رقم (١) ٣/١، كما أخرجه البخاري –أيضًا– بألفاظ أخر، عن عمر –أيضًا– في (٢) كتاب الإيمان (٣٩) باب ما جاء أن الأعمال بالنيّة والحسبة، ولكل امرئ ما نوى، حديث رقم (٥٤) ٣٠/١]. كما أخرجه مسلم بألفاظ أخر في (٣٣) كتاب الإمارة (٤٥) باب قوله ﷺ: " إنما الأعمال بالنيّة"، وأنه يدخل فيه الغزو وغيره من الأعمال، حديث رقم (١٩٠٧) ١٥١٥/١ـــ ١٥١٦].

(٢) جامع العلوم والحكم، ١٩/١

(٣) الحديث أخرجه مسلم، واللفظ له، وتكملته: «ثُمَّ يَسْجُدُ سَجْدَتَيْنِ قَبْلَ أَنْ يُسَلِّمَ، فَإِنْ كَانَ صَلَّى خَمْسًا شَفَعْنَ لَهُ صَلَاتَهُ، وَإِنْ كَانَ صَلَّى إِتْمَامًا لِأَرْبَعٍ كَانَتَا تَرْغِيمًا لِلشَّيْطَانِ» (٥) كتاب المساجد ومواضع الصلاة (١٩) باب السهو في الصلاة والسجود له، حديث رقم (٥٧١) ٤٠٠/١،

النووي في هذا الحديث: "هذا صريح في وجوب البناء على اليقين"[1]

ب ـ ما رواه البخاري بسنده عن النُّعْمَانَ بن بَشِيرٍ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «**الْحَلاَلُ بَيِّنٌ وَالْحَرَامُ بَيِّنٌ، وَبَيْنَهُمَا مُشَبَّهَاتٌ لاَ يَعْلَمُهَا كَثِيرٌ مِنَ النَّاسِ، فَمَنِ اتَّقَى الْمُشَبَّهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ كَرَاعٍ يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يُوَاقِعَهُ، أَلاَ وَإِنَّ لِكُلِّ مَلِكٍ حِمًى، أَلاَ إِنَّ حِمَى اللَّهِ فِي أَرْضِهِ مَحَارِمُهُ، أَلاَ وَإِنَّ فِي الْجَسَدِ مُضْغَةً إِذَا صَلَحَتْ صَلَحَ الْجَسَدُ كُلُّهُ وَإِذَا فَسَدَتْ فَسَدَ الْجَسَدُ كُلُّهُ، أَلاَ وَهِيَ الْقَلْبُ**»[2]، فهذا الحديث بجانب قوله تعالى: ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقُولُوا۟

وأخرجه أبو داود في سننه، شرح وتحقيق: د.عبد القادر عبد الخير، ود. سيد محمد سيد،والأستاذ/ سيد إبراهيم، طبعة دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م (٢) كتاب الصلاة (١٩٧) باب إذا شك في الثنتين والثلاث من قال يلقي الشك، حديث رقم (١٠٢٤) ورقم (١٠٢٥) ورقم (١٠٢٦) ورقم (١٠٢٧)، ٤٤١/١. وأخرجه النسائي في السنن ـ بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، وحاشية السندي- اعتنى به ورقمه ووضع فهارسه: عبد الفتاح أبو غدة، نشر: مكتبة المطبوعات الإسلامية بحلب، كما قامت بطباعته وإخراجه: دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط١ بالمطبعة المصرية في القاهرة، مصر سنة ١٣٤٨هـ ـ ١٩٣٠م، والطبعة الثانية مصورة عنها في بيروت- لبنان، سنة ١٤٠٦هـ ـ ١٩٨٦م (١٣) كتاب السهو (٢٤) باب إتمام المصلي على ما ذكر إذا شك، حديث رقم (١٢٣٨) ورقم (١٢٣٩) ٢٧/٣، وأخرجه ابن ماجه في السنن (٥) كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها (١٣٢) باب ما جاء فيمن شك في صلاته فرجع إلى اليقين، حديث رقم (١٢١٠) ٣٨٢/١، وأخرجه أحمد بن حنبل في المسند، ٧٢/٣].

(١) شرح صحيح مسلم، مراجعة: خليل المَيْس، دار القلم، بيروت - لبنان، حققه وعلق عليه ووضع فهارسه لجنة من العلماء بإشراف الناشر، ط١، ٦٦/٥.

(٢) انظر: الصحيح (٢) كتاب الإيمان (٣٧) باب فضل من استبرأ لدينه، حديث رقم (٥٢) ٢٨/١ـ ٢٩، وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٢) كتاب المساقاة (٢٠) باب أخذ الحلال وترك الشبهات، حديث رقم (١٥٩٩) ١٢١٩/٣.

رَٰعِنَا وَقُولُوا انظُرْنَا وَاسْمَعُوا وَلِلْكَافِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٠٤﴾ ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾ [2] أصل في التمسك بسد الذرائع وحمايتها، وقد سبق ذكر وجه الاستدلال بهاتين الآيتين على قاعدة سد الذرائع، وأما وجه الاستدلال بالحديث على قاعدة سد الذرائع، فهو أن الحديث "منع من الإقدام على الشبهات مخافة الوقوع في المحرمات، وذلك سدًا للذريعة"[3].

القسم الثاني: قواعد أساسها غير النُّصوص

وهي القواعد التي يكون مصدرها الإجماع والاجتهاد[4]، ويكون استنباطها من الأصول الشرعيَّة ومبادئ اللغة العربية ومقتضيات العقول، فالعالِم يرجع إلى هذه المصادر ويبذل جهده فيها، ويجمع بين الأحكام المتشابهة والمسائل المتناظرة ويستخرج قاعدة كلية منها تشمل كل ما يدخل تحتها أو أغلبه[5].

١ – فمن أمثلة القواعد التي مصدرها الإجماع: قاعدة "**الاجتهاد لا يُنقَضُ بالاجتهاد**"[6]، والمراد بها: أنَّ الأحكام الاجتهادية إذا فصلت بها الدعوى على الوجه الشرعي ونفذت فإنه لا يجوز نقضها بمثلها؛ لأن الاجتهاد الثاني ليس أولى من الاجتهاد الأول، ولأنه إذا نقض الأول جاز أيضًا نقض الثاني بثالث، والثالث بغيره، فلا يمكن أن تستقر الأحكام، غير أنه إذا تبين مخالفة الاجتهاد للنص الشرعي، أو

(١) من الآية ١٠٤ من سورة البقرة.
(٢) من الآية١٠٨ من سورة الأنعام.
(٣) الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ٥٨/٢-٥٩
(٤) النظريات الفقهية، د محمد الزحيلي، ٢٠٦؛ الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د.محمد صدقي البورنو، ٣٢-٣٣؛ المقاصد الشرعيَّة في القواعد الفقهية، د.عبد العزيز عزام، ١٩.
(٥) النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠٦.
(٦) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢٢٥/١.

لمخالفته طريق الاجتهاد الصحيح، أو وقوع خطأ فاحش، فينقض حينئذ[1].

٢ - ومن أمثلة القواعد المستنبطة من غير الإجماع، ما يلي: -

أ - "**إذا اجتمعت الإشارة والعبارة واختلف موجبهما غُلِّبت الإشارة**"[2]، فهذه القاعدة مستنبطة من المعقول والعُرف[3].

ب - "**إعمال الكلام أولى من إهماله**"[4] المأخوذة من لوازم التفكير ومبادئ العقل[5]، فالتفكير يقضي بإعمال اللفظ حتى لا يلغى، فإذا استوى الإعمال والإهمال في الكلام فإنه يعمل به، أما إذا بعد الإعمال عن اللفظ وصار بالنسبة إليه كاللغز فليس الإعمال راجحا[6]، ولذلك قال تاج الدين السبكي في هذه القاعدة: "إذا عرفت أن الإعمال مقدم على الإهمال عند الإمكان لم يخف عليك بعده أنه إذا تعذر إعمال لفظ دار الأمر فيه بين طرحه وإلغائه، وبين حمله على معنى صحيح، أن حمله على الصحيح أولى"[7].

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أن أساس ورود القواعد هو النص والاجتهاد، وأن القواعد التي مصدرها النصوص الشرعيَّة من كتاب الله تعالى وسنة رسوله هي أعلى أنواع القواعد من حيث مصدرها، وأولاها بالاعتبار هو القرآن الكريم؛ حيث إنَّ الكتاب الكريم هو أصل الشريعة والأدلَّة الأخرى راجعة إليه، ثم السنّة النبوية؛ لأن الرسول ﷺ قد أوتي جوامع الكلم، ولذلك جاءت بعض الأحاديث جامعة وجرت مجرى القواعد، كما أن القواعد المأخوذة بالاجتهاد تعتبر تعليلات للأحكام الفقهية

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي البورنو، ٣٣.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٥٢/٢.

(٣)الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي البورنو، ٣٧.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن السبكي، ١٧٤/١.

(٥) النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠٦.

(٦)الأشباه والنظائر، لابن السبكي، ١٧١/١.

(٧) الأشباه والنظائر، ١٧٤/١.

الاجتهادية المبنية على دليل شرعي[1].

ثانيًا: أسس القواعد في القانون اليمني

أفرد القانون المدني اليمني بابًا مستقلاً للقواعد الأصولية والفقهية، هو الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الأول من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني اليمني، وقد جاء هذا الباب بعنوان: "القواعد الأصولية والعامَّة والكلية في تطبيق القانون" اشتمل على تسعة عشر مادة، تضمنت كثيرًا من تلك القواعد، وهذا يفيد أن القانون اليمني أريد له أن يقام من الأساس على ركائز الفقه الإسلامي، كما أن وجود عدد من القواعد الأصولية والفقهية في صدر القانون المدني يدل على أن القواعد مصدر من مصادر القانون، وفي ذلك إيحاءٌ بأن مصدره الشريعة الإسلامية، وهذا ما أكدته المادة الأولى من هذا القانون، حيث جاء في صدرها ما نصه: "يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظًا ومعنى..."، وبناءً على ذلك فإن تأصيل القواعد الأصولية والفقهية في القانون اليمنيّ لابُدّ أن يكون مستمدًا من الشريعة الإسلامية؛ ولهذا فإنه يمكن تقسيم القواعد الأصولية والفقهية في القانون اليمني من حيث أسسها (أي مصدر استمدادها) إلى قسمين، هما:-

القسم الأول: قواعد أساسها النُصوص الشرعيَّة

وهذا القسم يتمثل في القواعد التي تعتبر في أصلها نصًا شرعيًا من القرآن أو السنة، أو مستمدة منهما، وفيما يلي عرض بعض تلك القواعد في القانون اليمني:-

الفرع الأول: قواعد أساسها القرآن الكريم

من أمثلة القواعد التي توافرت الأدلة عليها وهي مذكورة في القانون

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د.محمد صدقي البورنو، ٣٠، ٣٥، ٣٦؛ المقاصد الشرعيَّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز عزام، ١٩.

اليمني: القواعد التالية: -

١- **قاعدة رفع الحرج:** التي وردت في المادة الثالثة من القانون المدني اليمني، بلفظ: "الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم والتيسير في معاملاتهم، وعدم تكليفهم بما يشق عليهم ويوقعهم في الضيق والحرج بما يخالف الشريعة الإسلامية"، فهذا النصّ يماثل قاعدة "**المشقة تجلب التيسير**".

٢- **قاعدة تحكيم العادة:** التي وردت في المادة رقم (١٢) من نفس القانون، ونصها: "...كل حكم مبني على عُرف أو عادة يتغير بتغير ذلك العرف ويزول بزوال تلك العادة"، فهذا النصّ يماثل قاعدة: "**العادة مُحَكَّمَة**".

الفرع الثاني: قواعد أساسها السنّة النبوية

هناك قواعد مستمدة من السنة النبوية في القانون المدني، ومن أمثلتها ما يلي:-

١- **قاعدة رفع الضرر:** المعبَّر عنها بـ"**لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ**"، فهذه القاعدة أصلها نص نبوي، كما سبق، وقد وردت في المادة رقم (٤) من نفس القانون بنص "الضرر يجب أن يزال...".

٢- **قاعدة: "درء الحدود بالشُّبُهات"**: التي هي في الأصل نصّ نبوي أيضًا، وقد وردت هذه القاعدة في المادة رقم (٤٦) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م، بشأن الجرائم والعقوبات بلفظ: "على القاضي عند نظر دعاوى الحدود استفصال المتهم عن جميع مسقطات الحد...".

٣- **قاعدة: "الأمور بمقاصدها"**: التي يستدل عليها بحديث «**إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ**»، كما سبق، وهذه القاعدة وردت في المادة السادسة من القانون المدني اليمني بنفس لفظها عند العلماء وهو: "**الأمور بمقاصدها**".

القسم الثاني: قواعد أساسها غير النُّصوص

وهي القواعد المأخوذة من الإجماع، أو المأخوذة بالاجتهاد، ومن أمثلتها في

القانون اليمني: قاعدة العمل بدلالات معاني الألفاظ، والتي يقصد بها إعمال معاني الكلام، وقد وردت في القانون المدني اليمني في مادتين، هما: المادة السادسة التي نصَّت على أن "... **العبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني**"، والمادة الثامنة التي نصَّت على أنه: "**يجب إعمال الكلام في مقاصده**"، فهاتان القاعدتان مأخوذتان بالاجتهاد وفق مبادئ اللغة العربية.

المقارنة والاستنتاج

بمقارنة أسس القواعد الأصولية والفقهية في الشريعة الإسلامية بأسسها في القانون اليمني، يستنتج ما يلي: –

١- أن أسس القواعد في القانون اليمني تتفق مع أسسها في الشريعة الإسلامية، حيث إنَّ أسسها هي النَّصّ أو الاجتهاد.

٢- أن كون القواعد الأصولية والفقهية في القانون اليمني مستمدة من النَّصّ والاجتهاد، معناه: أنه يجب على القاضي تطبيق تلك القواعد لحل النزاع المنظور أمامه، وعدم الاقتصار على بعض القواعد المنصوص عليها في صدر القانون اليمني؛ لأن القواعد كثيرة جدًا، وللقاضي متسع للبحث عن الحكم من خلالها.

٣- أن بعض القواعد الأصولية والفقهية في القانون اليمني وإن كانت مأخوذة من الشريعة الإسلامية إلا أنها بحاجة إلى تهذيب واختصار، وذلك كنص المادة الثالثة من القانون المدني، التي نصَّت على أن "الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم والتيسير في معاملاتهم وعدم تكليفهم ما يشق عليهم ويوقعهم في الضيق والحرج بما يخالف الشريعة الإسلامية"، فهذا النَّصّ يفهم منه التأكيد على قاعدة رفع الحرج، التي تضافرت الأدلّة عليها، فما دام أن قاعدة رفع الحرج أساسها النُّصوص الشرعيَّة، وما دام أن القانون المدني قد نص على أن النُّصوص القانونية مأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية، فإن ورود قاعدة رفع الحرج في القانون اليمني بهذا النَّصّ الطويل وعدم اختصارها، مثل قول العلماء: "**المشقة تجلب التيسير**"، ومثلما فعله القانون المدني بشأن قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**"

التي وردت في المادة السادسة منه بنصها كما هي عند العلماء، أقول: إن طول النصّ على قاعدة رفع الحرج يوحي بعدم الدقة في صياغتها، ولذلك كان الأولى صياغتها كما صاغها الفقهاء، وكما صيغت بعض القواعد باختصار.

ثالثًا: حجية القواعد في الاستدلال على الأحكام في الشريعة الإسلامية

هذا الموضوع يتعلق بالحكم على القاعدة من حيث صلاحيتها للاستدلال بها على الحكم من عدمه، بمعنى آخر: هل القواعد تُعدّ دليلاً شرعيًا يحتج به وتستنبط منه الأحكام؟

وهذا السؤال يمكن استمداد الإجابة عنه من خلال بعض أقوال العلماء النادرة في الإشارة إليه، مع أن أقوالهم ليست محل اتفاق في هذا الموضوع، بل اختلفت آراؤهم، وهذا يتبين باستعراض تلك الأقوال، ومنها: -

١ - نقل الحموي عن ابن نجيم القول بعدم جواز الفتوى بمقتضى القواعد والضوابط، حيث قال مشيرًا إلى ابن نجيم: "صرّح المصنف في الفوائد الزينية بأنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه القواعد والضوابط؛ لأنها ليست كلية، بل أغلبية"(١).

٢ - استند واضعو مجلة الأحكام العدلية إلى هذا القول، وصرحوا به في التقرير الذي صدرت به المجلة، حيث قالوا:"... فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد، إلا أن لها فائدة كلّية في ضبط المسائل"(٢).

فهذا الكلام صريح في عدم جواز الاستناد إلى القاعدة كدليل للحكم.

ويظهر تعليل هذا الحكم في قول ابن نجيم: "لأنها ليست كلّية بل أغلبية"، أي أنّه لا يجوز بناء الحكم على أساس القواعد؛ لأن معظم هذه القواعد لا تخلو من

---

(١) غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٣٧/١.
(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، لعلي حيدر، ١٠/١.

المستثنيات، وربما تكون المسألة التي يراد حكمها من المسائل المستثناة.

٣ – في مقابل ذلك صرّح ابن النجار الحنبلي بأن القاعدة يصحُّ أن يُقضى بها في الأحكام الجزئية، حيث اعتبر القواعد بمثابة الأدلّة، فقد قال:"فوائد: تشتمل على جملة من قواعد الفقه تشبهُ الأدلّة وليست بأدلّة، لكن ثبت مضمونها بالدليل، وصارت يقضى بها في جزئياتها كأنها دليل على ذلك الجزئي، فلما كانت كذلك ناسب ذكرها في باب الاستدلال، إذا تقرر هذا فاعلم أن من أدلّة الفقه: أن لا يرفع يقين بشك..."[١]، فهذا الكلام صريح في الاستناد إلى القاعدة المستندة إلى دليل في إصدار الحكم؛ لأن القواعد التي تبنى على دليل – كقاعدة: "**الضرر يزال**"، وقاعدة: "**اليقين لا يُزال بالشك**" – هي قواعد مبنية على أدلّة من الكتاب والسنة وثبت مضمونها بذلك الدليل، فلذلك يصحّ أن يقضى بالقاعدة على الجزئيات كأنها دليل على ذلك الجزئي.

وبناءً على ذلك فإنه يمكن القول: إن في شأن الاستدلال بالقاعدة على الحكم رأيين: –

الرأي الأول: عدم اعتبار القواعد أدلّة شرعية لاستنباط الأحكام.

وهذا ما ذهب إليه ابن نجيم، وواضعو مجلة الأحكام العدلية –كما سبق– وهو ما ذهب إليه بعض الباحثين الذين قالوا: إنه لا يصلح اقتصار القضاة على القواعد في إصدار الأحكام[٢]، وأن القاعدة بمفردها لا تصح أن تكون أداة قضائية وحيدة ما لم يكن هناك نصٌّ شرعيٌّ أو حكم فقهي في المسألة الجديدة يؤيد القاعدة؛

---

(١) شرح الكوكب المنير، ٤/٤٣٩، ومثله قال البناني، حيث ذكر القواعد الخمس الكبرى ثم قال عنها:" أنها قواعد تشبه الأدلّة". انظر:[حاشية البناني على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لابن السبكي، مطبوع بشرح الجلال المحلي الموجود في صلب الكتاب، ويليه حاشية البناني، وبالهامش تقرير الشربيني، ط١، سنة ١٣٣١هـ ــ ١٩١٣م، الكتبي بمصر، ٢/٣٧٣].

(٢) لمحة تاريخية عن القواعد الفقهية الكلية، بقلم مصطفى أحمد الزرقا، في مقدمة كتاب شرح القواعد الفقهية، لوالده أحمد بن محمد الزرقا، ٣٥؛ النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠١؛ القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٣٣٠.

ولذلك لا يجوز بناء الحكم على أساس القواعد، ولا ينبغي تخريج الفروع عليها[1].

مستند أصحاب هذا الرأي

علل أصحاب هذا الرأي قولهم هذا بتعليلين، هما: -

١- أن معظم القواعد لا تخلو من المستثنيات، فقد تكون المسألة التي يراد حكمها من المسائل المستثناة؛ ولذلك لا يجوز بناء الأحكام على أساس القاعدة، وإنّما هي شواهد يستأنس بها في تخريج أحكام القضايا الجديدة عن المسائل الفقهية المدونة[2].

٢- أن القواعد لمّا كانت ثمرة للفروع المختلفة وجامعًا ورابطًا لها، فإنه ليس من المعقول أن يُجعل ما هو ثمرة وجامع دليلاً لاستنباط أحكام الفروع[3].

الجواب عن هذين التعليلين

يجاب عن هذا القول وما استند إليه بما يلي: -

١- يجاب عن قولهم بأن القواعد أغلبية يرد عليها بعض المستثنيات ولذلك لا يصح أن تجعل القاعدة دليلاً لاستنباط أحكام الفروع - يجاب عن ذلك - بأن ورود المستثنيات في الغالب يكون في القواعد الفقهية دون القواعد الأصولية[4]، فهذا من أوجه الفرق بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية فإن هذا القول فيه تعميم للقول بعدم جواز الاستدلال بالقاعدة، وهذا لا يصح؛ لأن من القواعد ما هو مستند إلى دليل شرعي من الكتاب والسّنة.

---

(١) القواعد الفقهية، للندوي، ٣٣٠.

(٢) لمحة تاريخية عن القواعد الفقهية الكلية، لمصطفى أحمد الزرقا، في مقدمة كتاب شرح القواعد الفقهية لوالده أحمد بن محمد الزرقا، ٣٥؛ النظريات الفقهية، د.محمد الزحيلي، ٢٠١؛ القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٣٣٠.

(٣) القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٣٣٠.

(٤) القواعد الشرعيّة ودورها في ترشيد العمل الإسلامي، د. محمد أبو الفتح البيانوني، ٥٨.

ومن جهة ثالثة فإن المستثنيات الواردة على القواعد لا تضعف من حجيتها وقوتها، فقوتها بقوة دليلها، كما أن العبرة للغالب لا للنادر[1]، والمستثنيات لا تُخل من قوة القواعد وحجّيّتها.

٢ – أما تعليلهم بأن القواعد الفقهية ثمرة للأحكام الفرعية المختلفة وجامع لها، وليس من المعقول أن يجعل ما هو جامع ورابط للفروع دليلاً من أدلّة الشرع، ولذلك لا يصحُّ الرجوع إلى هذه القواعد كأدلّة قضائية وحيدة، ولا يجوز بناء الأحكام على أساسها، فهذا يجاب عنه: بأن الشأن في القواعد أن تكون ثمرة للفروع، فقواعد اللغة العربية – مثلا – استنبطها علماء اللغة من خلال ما نطق به العرب الفصحاء قبل أن تشوب ألسنتهم العجمة واللحن، وهذه القواعد يستند إليها في استنباط أحكام اللغة والبناء عليها، ولم يقل أحد أن هذه القواعد لا تصلح لاستنباط أحكام العربية، لأنها ثمرة للفروع الجزئية[2].

الرأي الثاني: أن القواعد يُقضى بها في الجزئيات.

وهذا الرأي يفهم من قول ابن النجار – السالف الذكر – بأن قواعد الفقه تشبه الأدلّة، وهذا الرأي ليس على إطلاقه، بل يمكن أن يحمل على أن المراد به القواعد المستندة إلى نصّ شرعي؛ كقاعدة: "**لا ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ**"، المستندة إلى نص نبوي، ومثلها قاعدة "**الأمور بمقاصدها**"، وغيرهما، بدليل ما قاله ابن النجار في كلامه السابق: "لكن ثبت مضمونها بالدليل".

مستند أصحاب هذا الرأي

علل ابن النجار هذا القول بأن المصير إلى القضاء بقواعد الفقه إنما يقتصر على القواعد التي ثبت مضمونها بالدليل، لأن القواعد الثابت مضمونها بالدليل تصير كأنها دليل على ذلك الحكم الجزئي[3].

---

(١) القواعد الشرعيّة ودورها في ترشيد العمل الإسلامي، د. محمد أبو الفتح البيانوني، ٥٨.

(٢) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي البورنو، ٤٢-٤٣.

(٣) شرح الكوكب المنير، ٤/٤٣٩.

التعقيب ورأي الباحث:

يرى الباحث أن في كلا الرأيين قصورًا، وهذا القصور منشؤه عدم التفصيل، فكلاهما اقتصر على القواعد الفقهية، ناهيك عن الإجمال الذي يقترن به الحكم في كل منهما؛ ولذلك فإن الباحث يرى أن الحكم يختلف باختلاف مصدر أساس القاعدة، وذلك على النحو التالي: -

١- أن القاعدة إذا كان مصدرها القرآن أو السنة فإنها دليل شرعي في أصلها، ولذلك يمكن الاستناد إليها في استنباط الأحكام وإصدار الفتاوى وإلزام القضاء بها(١)؛ كقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**" التي تضافرت النصوص من القرآن والسنة على مضمونها كما سبق ذلك تفصيلاً، وكقاعدة: "**لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ**" المأخوذة من نص الحديث: "لا ضر ولا ضرار"، وغير ذلك، فهذه أدلّة شرعيه وقواعد يمكن الاستناد إليها في استنباط الأحكام وإصدار الفتاوى وإلزام القضاء بها، لأن القاعدة قبل أن تكون قاعدة هي نصٌ شرعي يعتبر دليلاً، ولا يقتصر هذا الحكم على القواعد الفقهية، بل يدخل فيه أيضًا القواعد الأصولية، فإن القاعدة متى ثبتت بدليل شرعي وجب الاستناد إليها، كقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**"؛ فإنها قاعدة فقهية من جهة كونها من القواعد الكلية الكبرى، وهي – أيضًا – قاعدة أصولية من جهة أنها قاعدة من القواعد المقاصديّة، إذ من المعلوم أن من مقاصد التشريع رفع الحرج عن المكلّفين، فمثل هذه القواعد "تشبه الأدلّة" في إطلاق الأصوليين؛ لثبوت مضمونها بالدليل، ولذلك لا مانع من الاحتكام إليها، إذ قوتها بقوة الأدلّة المعتمدة عليها، والظاهر أن واضعو مجلة الأحكام العدلية قد أشاروا إلى هذا الأمر – وهو أن القواعد المبنية على نص شرعي يجوز أن يستنبط منها حكم شرعي – حينما قالوا: "فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح"، فلعلهم أشاروا بذلك إلى تلك القواعد التي هي في الأصل نصوص تشريعية(٢)

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د.محمد صدقي البورنو، ٤٠-٤١؛ والقواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٣٣٠-٣٣١؛ المقاصد الشرعيّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز عزام، ١٩.
(٢) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية د. محمد صدقي البورنو، ٤١.

٢ – أن القواعد المعبَّر بها عن دليل أصولي تصلح أن تكون دليلاً لاستنباط الحكم الشرعي، كقاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**"، فإن هذه القاعدة يعبَّر بها عن دليل أصولي، هو الاستصحاب[1]، وفي هذا يقول الدكتور/ محمد أبو الفتح البيانوني:" لمّا كانت كثير من القواعد الشرعيَّة في حقيقتها تعليلاً لأحكام شرعية متنوعة أو تأصيلاً لها، وكان منها ما يغلب عليه الطابع الأصولي أو الطابع الفقهي، كان من الطبيعي أن تصلح تلك القواعد الشرعيَّة – ولا سيما الأصولية منها – للاستدلال والاستئناس، فكثيرًا ما يستدل العلماء لبعض المسائل الشرعيَّة بقاعدة الاستحسان، أو الاستصحاب، أو مفهوم المخالفة، وغيرها من القواعد الأصولية العامَّة"[2].

٣ – أن من القواعد ما يندرج في باب الاستدلال، الذي يعني: "محاولة الدليل المفضي إلى الحكم الشرعي من جهة القواعد لا من جهة الأدلَّة المنصوبة"[3]، وذلك كقاعدة: أصل المنافع والمضار، التي يُعبَّر عنها بقاعدة: "**الأصل في المنافع الإذن، وفي المضار المنع**"[4]، فإن هذه القاعدة يستدل بها على الأحكام، من جهة النظر إلى جلب النفع ودفع الضرر، ولذلك قال القرافي في هذه القاعدة: "قد تعظم المنفعة فيصحبها الندب أو الوجوب مع الإذن، وقد تعظم المضرة فيصحبها التحريم على قدر رتبتها، فيستدل على الأحكام بهذه القاعدة"[5].

ومن خلال ذلك يتبين أن حكم الاستدلال بالقاعدة على الحكم ليس على إطلاقه، فليس الحكم فيها هو أنه لا يسوغ اعتبار القواعد دليلاً يستنبط منه الأحكام، وليس الحكم أيضًا إطلاق القول بأنه يسوغ اعتبارها دليلاً تستنبط منه الأحكام، وإنما الأولى هو التفصيل، ويجب إدراك كل هذه الأمور، وإدراك أن القواعد ليست كلها

---

(١) سيأتي تفصيل ذلك عند دارسة قواعد الاستصحاب.

(٢) القواعد الشرعيَّة ودورها في ترشيد العمل الإسلامي، ٥٧.

(٣) تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٥٠.

(٤) السابق، نفس الصفحة.

(٥) السابق، ٤٥١.

مصدرها النُّصوص الشرعيَّة، وأن من القواعد ما كان مصدرها الاجتهاد، ولذلك قال الدكتور/ محمد صدقي البورنو: "إن القواعد الاجتهادية استنبطها العلماء المجتهدون من معقول النُّصوص، والقواعد العامَّة للشريعة، أو بناءً على مصلحة رأوها، أو عرف اعتبروه، أو استقراء استقرأوه، فعلى من تعرض لمثل هذه المسائل (يقصد المسائل التي يراد معرفة حكمها) أن يكون على جانب كبير من الوعي والإدراك والإحاطة بالقواعد الفقهية، وما بنيت عليه كل قاعدة، واستنبطت منه، وما يمكن أن يستثنى من كل قاعدة، حتى لا يدرج تحت القاعدة مسألة يقطع أو يظن خروجها عنها"[١].

٤ - أن الحوادث والقضايا المستجدة في الحياة اليومية كثيرة ومتشعبة، ولم يرد في بعضها حكم من الفقهاء القدامى؛ ولذلك يجوز أن تكون القاعدة مستندًا في الأحكام والفتوى والقضاء[٢]، ولكن بعد أن يستنفد الفقيه سبل البحث عن الحكم وفق النُّصوص الشرعيَّة والقواعد المبنية على تلك النُّصوص، وبعد إدراك القواعد الأصولية المذكورة في البنود السابقة، وبعد البحث عن قول للفقهاء يمكن الاستناد إليه في هذه المسألة، فإذا لم يجد شيئًا من ذلك ولم يجد فيها نصًّا فقهيًّا يمكن الاستناد إليه ووجدت القاعدة التي يمكن أن تندرج تحتها هذه المسألة فيمكن عندئذ استناد الفتوى والقضاء إليها، لكونها من القضايا المستجدة، إلا إذا تيقن أو غلب على الظن أن الحادثة الجديدة لا يشملها حكم القاعدة فحينئذ لا يمكن الاستناد إليها في الفتوى والقضاء، كما أن الحكم الذي يخالف النَّصّ أو الإجماع أو القياس أو القواعد يكون قابلاً للنقض[٣]، ومن ثَمَّ فإنه يجوز تخريج مسائل جديدة على وفق القواعد بعد بذل الجهد في البحث عن مصدر الحكم، ولذلك فإن المنع من الاستدلال بالقواعد الفقهية وحدها على الحكم

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ٤٢.

(٢) القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٣٣١؛ الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، د. محمد صدقي البورنو، ٤٢؛ المقاصد الشرعيَّة في القواعد الفقهية، د.عبد العزيز عزام، ١٩.

(٣) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٤١.

وحدها على الحكم إنما محله هو الاستناد إليها وحدها في القضاء أو الفتوى قبل البحث عن نصٍّ فقهي للعلماء في المسألة المبحوث عن حكمها[1].

أما الاستئناس بالقاعدة وحدها إلى معرفة الحكم الشرعي، فهذا يكون بعد استفراغ القاضي أو المفتي الجهد في البحث عن معرفة الحكم الشرعي، بحيث يستحضر كل منهما القاعدة الفقهية التي يمكن أن يستند إليها في إصدار الحكم، وفي هذه الحالة فإن القاعدة تعتبر شاهدًا له وعونًا له في الحكم، ولهذا قال واضعو مجلة الأحكام العدلية في المادة الأولى من المجلة:"... إن المحققين من الفقهاء قد أرجعوا المسائل الفقهية إلى قواعد كلية كل منها ضابط وجامع لمسائل كثيرة، وتلك القواعد مسلَّمة معتبرة في الكتب الفقهية، تتخذ أدلَّة لإثبات المسائل وتفهمها في بادئ الأمر، فذكْرها يوجب الاستئناس بالمسائل، ويكون وسيلة لتقريرها في الأذهان"[2].

رابعًا:حُجّيّة القواعد في الاستدلال على الأحكام في القانون اليمني

لم يرد موقف القانون اليمني من تحكيم القواعد الأصولية والفقهية واضحًا وصريحًا، إلا أن معرفة هذا الأمر يمكن تلمسه من خلال معرفة مدى إلزام القانون المدني اليمني للقاضي بتطبيق القواعد الأصولية والفقهية في النزاعات المنظورة أمامه.

بمعنى آخر: فإن معرفة هذا الحكم يتوقف على مرتبة القواعد الأصولية والفقهية في القانون اليمني، وهذه المرتبة يرشدنا إليها القانون المدني، في القسم الأول منه، من الكتاب الأول، من الباب الأول، الذي ورد بعنوان: "القواعد الأصولية والعامَّة والكلّية في تطبيق القانون"، تضمن عددًا من المواد احتوت على بعض القواعد الأصولية والقواعد الفقهية التي عبر عنها القانون المدني: بأنها مبادئ الشريعة الإسلامية، حسبما جاء في المادة الأولى منه، التي نصَّت على ذلك بقولها:

(١) القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٣٣١.
(٢) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/١٥.

"يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظًا ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العُرف الجائز شرعًا، فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة، ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية، ويشترط في العرف: أن يكون ثابتًا، ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامّة"(1).

فهذا النصّ وضحَ أن القواعد الأصولية والفقهية (مبادئ الشريعة الإسلامية) تحتل المرتبة الثانية في القانون، باعتبارها المصدر الثاني من المصادر الرسْمية في القانون اليمني(2)، أما المصدر الأول بحسب نص المادة فهو "القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية"، والذي يعبَّر عنه بـ"التقنين"(3)، الذي يراد به في القانون اليمني: "اختيار الحكم من أقوى الأدلَّة الشرعيَّة ووضعه بصيغة قاعدة قانونية مكتوبة بواسطة الجهة المختصة التي منحها الدستور هذا الاختصاص"(4).

وكون مبادئ الشريعة الإسلامية تحتل المرتبة الثانية في القانون اليمني، فإنَّ هذا معناه أن القانون اليمني يوجب على القاضي أن ينظر في المنازعات المرفوعة أمامه إلى النصّ المصاغ في مواد قانونية ليحكم بمقتضاه، فإذا لم يجد نصًا يحكم النزاع فإن عليه أن يبحث عن الحل في مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا يقتضي البحث – كما يقول الدكتور/ محمد بن حسين الشامي –: "في كتاب الله، ثم في سنة رسول الله، ثم في اجتهاد الصحابة رضوان الله عليهم، فإن لم يجد بحث عن

(1) هذا النصّ يظهر أن المصادر الرسمية للقانون اليمني أربعة، هي: التقنين، ومبادئ الشريعة الإسلامية، والعرف، ومبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية. انظر: [الوجيز في مدخل القانون، د. محمد ابن حسين الشامي، ٨٦ – ٨٧].

(2) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٢٧.

(3) السابق، ٨٨.

(4) السابق، نفس الصفحة.

الحل من خلال القواعد الأصولية – وموضوعها علم أصول الفقه – ثم القواعد الفقهية – وموضوعها علم الفروع – حيث يتخرج من كل قاعدة عدّة مسائل فرعية، فإن لم يجد عمد إلى الاجتهادات الفقهية في مسائل الفروع المتعلّقة بواقعة النزاع دون التقيد بمذهب معين، مع وجوب الأخذ في الاعتبار شمول معرفته للناسخ والمنسوخ من الأدلّة، ومسائل الإجماع، وآيات الأحكام، واللغة العربية"[1].

وإذا كانت المادة الأولى – المذكورة آنفًا – من القانون المدني اليمني قد جعلت مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرسمي الثاني للقانون اليمني، فإن هذا معناه – كما جاء في شرحها: أنها "توجب على القاضي أن يكون مجتهدًا"[2].

ومن خلال هذا كله فإنه يمكن للباحث الاستهداء إلى موقف القانون اليمني من تحكيم القواعد الأصولية والفقهية في حل النزاع أمام القضاء، وهذا يتمثّل فيما يلي: –

١ – أن القانون المدني اليمني يوجب على القاضي الرجوع إلى القواعد الأصولية والفقهية المنصوص عليها في القانون – والتي سبق ذكر أمثلة كثيرة منها – خصوصًا القواعد المأخوذة من نص شرعي، كقاعدة "الضرر يجب أن يزال"[3]، و"الأمور بمقاصدها"[4]، وغيرهما، فمثل هذه القواعد يستند إليها في استنباط الأحكام في القانون اليمني، لأنها تعتبر دليلاً شرعيًا في أصلها، وقوتها بقوة دليلها، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن القانون اليمني قد أوجب على القاضي الرجوع أولاً إلى نصوص المواد المأخوذة من الشريعة الإسلامية، وهذه القواعد منصوص عليها

---

(١) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي ، ١٢٧.

(٢) السابق، ١٢٨.

(٣) المادة الرابعة من القانون المدني اليمني المذكور.

(٤) المادة السادسة من القانون المدني اليمني المذكور.

في القانون اليمني، ومادامت منصوصًا عليها وهي مأخوذة من أدلة شرعية فإنه يجب العمل بها.

٢ – أن القانون اليمني يوجب على القاضي الرجوع إلى القواعد المعبّر بها عن دليل أصولي، كقاعدة "**اليقين لا يُزال بالشك**"[١] المعبّرة عن دليل أصولي، وهو الاستصحاب.

٣ – أن القانون اليمني يوجب الأخذ بالقواعد الأصولية اللغوية، كقواعد دلالات الألفاظ على معانيها، مثل قاعدة "**العبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني**"، وقاعدة "**يجب إعمال الكلام في مقاصده**"[٢]، فمثل هذه القواعد تعتبر قواعد أصولية يستدل بها العلماء لاستنباط الأحكام الشرعيَّة؛ ولهذا نص عليها القانون اليمني، وهو ما يعني وجوب الأخذ بها في تطبيق القانون.

كما أن القواعد المقاصديَّة للشريعة الإسلامية – مثل جلب المصالح ودرء المفاسد – هي قواعد أصولية نص عليها القانون اليمني[٣]، وهو ما يعني أن على القاضي أن يكون على جانب كبير من الوعي والإدراك والإحاطة بهذه القواعد.

ولكن الرجوع إلى القواعد المأخوذة بالاجتهاد – كقواعد العرف – لا يكون إلا عند عدم وجود نص قانوني مأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية يوضح للقاضي الحكم في النزاع.

المقارنة والاستنتاج

بالمقارنة بين حكم الاستدلال بالقاعدة على الحكم الفقهي في الشريعة

---

(١) المادة السادسة من القانون المدني اليمني المذكور.

(٢) المادة الثامنة من القانون المدني المذكور.

(٣) من ذلك: ما نصَّت عليه المادة الثالثة من القانون المدني المذكور من أن "الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم...."، والمادة الرابعة التي نصَّت على أن:"....درء المفاسد مقدم على جلب المصالح عند التعارض".

الإسلامية وبينه في القانون اليمني يتضح لنا ما يلي: -

١- أن القانون اليمني يكاد يقترب من قول بعض العلماء من أن القواعد يُقضى بها في الجزئيات إذا كانت تلك القواعد مستندة إلى نص شرعي، وهذا يمثل القول الثاني للعلماء، كما سبق، ووجه المقاربة: هو أن المادة الأولى من القانون المدني اليمني عندما نصَّت على أنه: "...إذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون..."، فإن هذا يعني أن القانون اليمني لم يُقَيِّد القاضي بالعمل بالقواعد الأصولية والفقهية إلا في حالة واحدة، هي حالة عدم وجود النصّ القانوني الذي يحكم النزاع المنظور أمامه، أما إذا وُجِد نص قانوني يحكم النزاع المنظور أمامه فعليه الالتزام بذلك النص.

٢- أن أمام القاضي متسع للأخذ بالقواعد الأصولية والفقهية لحل النزاع دون الاقتصار على تلك القواعد المنصوص عليها في القانون اليمني، فالتعبير عن "مبادئ الشريعة الإسلامية"، وجعلها المصدر الرسمي الثاني للقانون يمنح القاضي فرصة واسعة للبحث عن حل النزاع المنظور أمامه من خلال القواعد المأخوذة من نص شرعي، أو إجماع، أو اجتهاد يراعى فيه جلب المصالح ودرء المفاسد، ومراعاة ظروف الناس وأحوالهم بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ولأن الأحداث متجددة، والقانون لا ينص على كل حالات النزاع.

٣- كما يستنتج أيضًا من خلال جعل القانون اليمني القواعد الأصولية والفقهية مصدرًا ثانيًا في تطبيق القانون أن ما قصر القانون اليمني عن النصّ عليه، فإن على القاضي الرجوع إلى الفقه والأصول، وهذا ما يفسر وصف التقنين في اليمن بأنه القانون "المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية"[١]، وهذا يعني أنه لا انفصال بين الفقه والنصوص القانونية في القوانين اليمنية.

---

(١) هذا ما ورد في نص المادة الأولى من القانون المدني اليمني.

خامسًا: المميزات التي تيسر الإفادة من القواعد

من خلال ما سبق عرضه في المباحث السابقة، يتضح أن القواعد تتميز بمميزات تسهل الإفادة منها، ومن هذه المميزات ما يلي: -

١ - **إيجاز الصياغة وشمول المعنى:** إيجاز الصياغة، معناه: أن تصاغ القاعدة في أوجز العبارات وأدقها وأقواها مدلولاً على معناها، وشمول القاعدة، معناه: أن تكون الألفاظ دالة على شمول المعنى وعمومه، حتى لا تنزل القاعدة إلى مرتبة الضوابط[١]، ويعني أيضًا: أن القاعدة تتسع لكثير من الأحكام والفروع[٢]، وبناء على ذلك فإن إيجاز صياغة القاعدة وشمولها، معناه: أن تكون القاعدة مُحْكمة الصياغة بعبارات موجزة ومدلول واسع؛ فعلى سبيل المثال: قاعدة "الأمر للوجوب" هي قاعدة أصولية ذات عبارة موجزة تدل على أن كل أمر للوجوب وهي تنطبق على كل الأوامر، وقاعدة: "**الضرر يزال**"، قاعدة فقهية كبرى ذات عبارة موجزة تدل على معنى شامل هو إزالة الضرر، وهذه الميزة أشار إليها الونشريسي[٣]حينما اعتبر القواعد "تلخيصًا مهذب الفصول محكم المباني"[٤]، وهذا يفيد أن إحكام بناء القاعدة

---

(١) نظرية التقعيد الفقهي، د. محمد الروكي، ٧٦، ٧٧.

(٢) المقاصد الشرعيّة في القواعد الفقهية، د. عبد العزيز عزام، ١١.

(٣) هو أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد بن عليّ الونشريسي التلمساني، العالم، العلامة، حامل لواء المذهب المالكي على رأس المائة التاسعة، أخذ عن شيوخ بلده تلمسان، ثم فر إلى مدينة فاس، فاستوطنها، ومن تصانيفه: " المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء إفريقية والأندلس والمغرب"، و"أقضية المعيار" في التاريخ، و"إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك"، و"المنهج الفائق في أحكام الوثائق"، توفي بفاس عام أربعة عشر وتسعمائة (٩١٤هـ)، وعمره نحو ثمانين سنة (٨٠) انظر في ترجمته:[نيل الابتهاج، ١٣٥-١٣٦، إيضاح المكنون، ١/١١٣]

(٤) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، دراسة وتحقيق: الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، منشورات كلية الدعوة الإسلامية، ولجنة الحفاظ على التراث الإسلامي، الجماهيرية العظمى، طرابلس، ط١، ١٤٠١هـ -١٩٩١م، ٥٧.

يحتاج إلى دقّة في الصياغة، تتمثل في إيجاز العبارة وقوة المعنى، ولهذا قال الشيخ مصطفى الزرقا عن القواعد: "فهي تمتاز بمزيد الإيجاز في صياغتها، على عموم معناها وسعة استيعابه للفروع الجزئية"(١).

٢ – **يُسر الاستيعاب والحفظ:** إن إيجاز صياغة القواعد وتقليل كلماتها يساعد على سرعة استحضارها وثبوتها في الذهن، فكلما كانت القواعد أوجز في العبارة وأبلغ في الدّلالة كلما أدى ذلك إلى يسر استيعابها وحفظها وتذكرها، لخفتها على الأسماع(٢)، وهذا الأمر يترتب عليه ميزة أخرى للقواعد، وهي الميزة التالية: –

٣ – **ضبط الفروع:** إن دراسة الفروع والجزئيات الفقهية في مختلف الجوانب فيه نوع من المشقة، في حين أن حفظ القواعد ييسر من فهم الأحكام الفرعية، فاستحضار قاعدة كلية موجزة العبارات تنطبق عليها فروع كثيرة يغني كثيرًا عن حفظ الفروع والجزئيات، فمتى وجد فرع فقهي أو مسألة فقهية فإن الفقيه يتذكر القاعدة الموجزة؛ مثل قاعدة: "**الضرر يزال**"، وغيرها من القواعد، فيستنبط من تلك القاعدة حكم الفرع الفقهي لسهولة حفظ القاعدة وتذكرها، بدلاً من الرجوع إلى دراسة الفروع والجزئيات عند البحث عن حكم الفرع الفقهي في كل مرة يحتاج للبحث عنه، فالجزئيات كثيرة وغير متناهية، ولذلك يصعب حفظها، وإن حفظت فهي سريعة النسيان، على عكس القواعد التي تمتاز بسهولة الحفظ(٣)؛ والقواعد بهذه الميزة توفر الجهد على الفقيه في ضبط الجزئيات ومسائل الفروع، ولولا القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعًا متناثرة، وقد أشار القرافي إلى هذا بقوله عن القواعد الكلية: "من جعل يُخرّج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت، وضاقت نفسه لذلك وقنطت، واحتاج إلى حفظ الجزئيات

---

(١) لمحة تاريخية عن القواعد الفقهية الكلية، في مقدمة شرح القواعد الفقهية، للشيخ أحمد الزرقا، ٣٤.

(٢) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك، للونشريسي، ٥٧.

(٣) النظريات الفقهية، د.محمد الزحيلي، ٢٠٤.

التي لا تتناهى... ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليّات واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب..."[1].

٤- **الكثرة والتنوع**[2]: المتتبع للقواعد الأصولية والفقهية يجدها كثيرة جدًا يصعب جمعها وحصرها، بسبب كثرة أنواعها - كما سبق في دراسة أنواع القواعد - وبسبب دخولها في كثير من الأبواب الفقهية ومباحث علم الأصول، وهذا التنوع يمد الفقه الإسلامي بالقوة والخصوبة، ويعبر عن مدى سعة شمول الشريعة الإسلامية واستيعابها للمسائل القديمة والمستجدة، وفي هذا يقول القرافي: "إن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه، بل للشريعة قواعد كثيرة جدًا عند أئمة الفتوى والقضاء لا توجد في كتب الفقه أيضًا"[3].

ومعنى هذا: أن القواعد غير محصورة بعدد، وهي منثورة في كتب الفقه العام والفتاوى والأحكام، ومن هنا فإن الدارس لأمهات الكتب الفقهية - ولا سيما كتب متقدمي الفقهاء - يستطيع أن يستخرج مالا حصر له من القواعد، ويستفيد منها في تنمية ملكاته الفقهية التي تنير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسع، ومعرفة الأحكام الشرعيّة في المسائل المعروضة عليه، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة والمشاكل المتكررة[4].

سادسًا: أوجه الإفادة من القواعد في الشريعة الإسلامية والقانون

للقواعد الأصولية والفقهية أهميتها في فهم الأحكام، وهذه الأهمية نابعة من مميزات القواعد، فكونها قواعد فهي تعتبر ثمرة ونتيجة لا يتوصل إليها إلا بمجهود علمي كبير، إضافة إلى كون القواعد مناهج وأسس لاستنباط الأحكام، وكون القواعد

---

(١) الفروق، ٣/١.

(٢) القواعد الشرعيّة ودورها في ترشيد العمل الإسلامي، د.محمد أبو الفتوح البيانوني، ٥٤.

(٣) الفروق، ٣/١.

(٤) النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠٤.

"كلية" فإن هذا يفيد معنى الشمول والانطباق والسريان، وهذا لا يقلل من كونها أغلبية، ولذلك فإن القواعد الأصولية والفقهية يمكن الإفادة منها فيما يلي: -

١ - **أنّ القواعد تمثل أسسًا لفهم الأحكام:** هذا الأمر واضح من خلال ما سبق في معرفة معنى القاعدة الأصولية والقاعدة الفقهية، فإذا كانت القاعدة الأصولية تعتبر أساسًا لاستنباط الحكم الشرعي العملي الفرعي فإن هذا معناه: أن الغاية المقصودة من علم أصول الفقه هي تطبيق قواعده على الأدلّة التفصيليَّة للتوصل إلى الأحكام الشرعيَّة التي تدل عليها، فبقواعده وبحوثه تفهم النُصوص الشرعيَّة، ويعرف ما تدل عليه من الأحكام، ويعرف ما يزال به خفاء الخفي منها، وما يرجح منها عند تعارض بعضها ببعض، وبقواعده وبحوثه يستنبط الحكم بالقياس، أو الاستحسان، أو الاستصحاب، أو غيرها، في الواقعة التي لم يرد نص بحكمها، وبالقواعد يمكن فهم الحكم، والوقوف على دليله، ووجه استمداده من دليله، والموازنة بين الحكمين إذا اختلفا، وهذا لا يكون إلا بعلم أصول الفقه[١]، هذا بالنسبة للقواعد الأصولية.

كما أن هذا الأمر واضح أيضًا في القواعد الفقهية، فإذا كانت القاعدة الفقهية تعني: الأمر الذي يندرج تحته أكثر الفروع الفقهية من أبواب مختلفة، فإن هذا معناه أن الغاية المقصودة من علم الفقه هي تطبيق الأحكام الشرعيَّة على أفعال الناس وأقوالهم؛ ذلك أن الفقه هو مرجع القاضي في قضائه والمفتي في فتواه، ومرجع كل مكلف لمعرفة الحكم الشرعي فيما يصدر عنه من أفعال وأقوال[٢].

٢ - **أنّ القواعد تساعد في تنمية الملكات الفقهية في استنباط الحلول للوقائع المتجددة:** من المعلوم أن الأحداث تتجدد وتتعدد، وهي غير متناهية، وقد جاء الكتاب والسنة بنصوص عامة، يستخلص منها قواعد عامة تكون عونًا للفقهاء على التطبيق مهما تغير الزمن، واختلفت البيئات، وبواسطة تلك القواعد يمكن معرفة الحكم

---

(١) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٤-١٥.

(٢) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٤؛ النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠٢.

الشرعي لكل حادثة في أي زمن، والشريعة اكتملت بانتهاء الوحي، ولذلك فإن قواعد الفقه تساعد في استخراج الحكم الفقهي للأحداث المتجددة، ولهذا وصف الفقه بأنه: "معرفة أحكام الحوادث نصًّا واستنباطا"[1].

٣ – **أن القواعد تضبط التفكير الفقهي:** ومعنى هذا: أن فهم الأحكام واستنباطها يحتاج في ضبطه إلى قواعد، بحيث يستطيع الفقيه الاستنباط والموازنة الفقهية والترجيح وفقا لتلك القواعد، فهي تحكم التفكير والاستنباط للوصول إلى الأحكام الشرعيّة؛ ولهذا توصف القواعد بأنها "ضوابط التفكير الفقهي"[2]، وحيث إنَّ التفكير الفقهي المنضبط يكون من خلال القواعد الأصولية والفقهية، فإن القواعد تمثل مناهج للاجتهاد في معرفة الأحكام، والاقتدار على تخريج الفروع بطريقة سليمة، واستنباط الحلول للوقائع المتجددة، وقد أشار السيوطي إلى مكانة القواعد في ضبط منهج استنباط الأحكام بقوله: "اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يطلع على حقائق الفقه، ومداركه، ومآخذه، وأسراره، يتمهر في فهمه واستحضاره، ويقتدر على الإلحاق والتخريج ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مَمَر الزمان، ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائر"[3].

أما صلاحية القواعد للاعتماد عليها في الاستنباط والاستدلال بها على الأحكام، فهي ميزة سبق تفصيلها في حكم الاستدلال بالقاعدة على الحكم.

---

(١) المنثور في القواعد، للزركشي، ١٢/١.

(٢) ضوابط التفكير الفقهي، لأستاذنا الدكتور/عبد اللطيف محمد عامر، ٨.

(٣) الأشباه والنظائر، ٢٩/١، وقال ابن نجيم عن القواعد:"معرفة القواعد التي ترد إليها وفرعوا الأحكام عليها، وهي أصول الفقه، وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد ولو في الفتوى". [الأشباه والنظائر، ١٠] وقال محمود حمزة أفندي عن القواعد: إنها مرجع الفقيه "عند الاحتياج إلى الجواب خدمة لشريعة الأنام" انظر:[الفرائد البهية في القواعد الفقهية أو الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية، طبع بنفقة سليم أفندي نقولا المدور بمطبعة حبيب أفندي خالد بدمشق الشام سنة ١٢٩٨هـ، ٣].

أهمية القواعد قضاء وقانونًا.

القواعد لا يستغنى عن الرجوع إليها في القضاء والقانون.

١- **أما في القضاء:** فإن كل من له اشتغال بالقضاء – سواء أكان قاضيًا، أو محاميًا – لا غنى له عن الرجوع إلى القواعد، نظرًا للحاجة إليها في ضبط الأحكام المختلفة، ووقائع التعديات والأخطاء المتكررة يوميًا في الحياة التي لا تخلو من المشكلات المعقدة والمنازعات المتنوعة جزئيًا وراء التخلص من الالتزامات والمسئوليات إزاء حقوق الآخرين، كما أن قضايا الناس في المحاكم تشغل جانبًا كبيرًا في حياة الناس وأوقاتهم تبعًا لكثرة الدعاوى التي ترفع أمام القضاء في كل بلد وزمان، ولذلك فإن استحضار القواعد في ذهن القاضي يفتح له بابًا لإيجاد الحل في الواقعة المرفوعة أمامه، وقد أشار ابن نجيم إلى هذا المعنى، عندما تحدث عن الضوابط – التي تعتبر نوعًا من القواعد – وهي القواعد الخاصة، بقوله: "هو أنفع الأقسام للمدرس والمفتي والقاضي، فإن بعض المؤلفين يذكر ضابطًا ويستثني منه أشياء، فأذكر فيه أني زدت أشياء أخر، فمن لم يطلع على المزيد ظن الدخول وهي خارجة"[1].

٢- **وأما أهميتها في القانون:** فمن الأوجه التالية: –

الوجه الأول: أن للقواعد أهمية في التشريع، كونها تسهل على رجال التشريع والقانون فرصة الاطّلاع على الفقه بروحه ومضمونه وأسسه وأهدافه، وتقدم العون لهم باستمداد الأحكام منه ومراعاة الحقوق والواجبات فيه[2].

الوجه الثاني: أن القواعد الأصولية والفقهية تسهل فهم القانون وتطبيقه؛ لأن الغاية المقصودة من كل القوانين في أية أمة هي "تطبيق موادها وأحكامها على أفعال الناس

---

(١) الأشباه والنظائر، ١١.

(٢) النظريات الفقهية، د. محمد الزحيلي، ٢٠٤؛ قاعدة اليقين لا يزول بالشك، د. يعقوب عبد الوهاب الباحسين، ١٩.

وأقوالهم، وتعريف كل مكلف بما يجب عليه وما يحرم عليه"(١).

الوجه الثالث: أن القواعد الأصولية والفقهية تمكن من ربط الدراسة العلميَّة بالواقع من خلال تطبيقها على الوقائع، وقد تحدث مصطفى الزرقا عن أهمية القواعد الشرعيَّة في الدراسات القانونية بقوله: "فالطالب في دراسته الشرعيَّة أو القانونية إذا تلقى هذه القواعد وتفهم جيدًا مدلولاتها ومدى تطبيقاتها ووقف على مستثنياتها... ثم تفهم الأسباب الفقهية التي قضت بقطع الفرع المستثنى عن قاعدته الظاهرة وإلحاقه بقاعدة أو أصل آخر، يشعر ذلك الطالب في ختام دراسته لهذه القواعد وشروحها كأنما وقف فوق قمة من الفقه يشرف على آفاق مترامية الأطراف من الفكر الفقهي نظريًا وعمليًا، ويرى امتداداته التطبيقية في جميع الجهات"(٢).

إضافة إلى هذا فإن الصياغة الموجزة لعبارات القواعد تجعلها تجري مجرى الأمثال في شهرتها، ودلالتها في الفقه، وفي القانون أيضًا، فكثيرًا من تلك القواعد تعبِّر عن مبادئ حقوقية معتبرة ومقررة لدى القانونيين أنفسهم، لما لها من قيم ثابتة في التشريع والقضاء، وحفظ الحقوق، والتعامل بين الناس؛ فمثلاً: قاعدة "الأصل براءة الذمة"، مفهوم له قيمته القانونية والقضائية الثابتة في فقه القانون الوضعي كما في الفقه الإسلامي(٣).

الوجه الرابع: أن فهم القواعد ييسر استجابة القوانين للمستجدات، فالتقنين وإن كان مأخوذًا من أحكام الشريعة الإسلامية إلا أنه لا يؤدي إلى جمود القانون وعدم استجابته للمستجدات الطارئة بعد وجوده، ولا يؤدي إلى جمود الاجتهاد الفقهي ركونًا على التقنين، وهذا لا يتأتى إلا بالتركيز أثناء التقنين على الدراسة المتعمقة في الشريعة الإسلامية دون انحياز لمذهب معين، وبأن يأخذ التقنين – قبل صدوره –

---

(١) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٤.

(٢) لمحة تاريخية عن القواعد الفقهية الكلية، في مقدمة شرح القواعد الفقهية، لأحمد بن محمد الزرقا، ١٠-١١

(٣) السابق، ٩-١٠.

حظه الكامل من البحث والمناقشة من المختصين على ضوء أرجح الأدلّة، فالشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، فإذا ظهر قصور في التقنين فإن تداركه من الأمور الميسورة ما دام المرجع الوحيد له هو الشريعة الإسلامية.

ومما يساعد على استجابة القوانين للمستجدات الطارئة هو فهم القواعد الأصولية والفقهية واللغوية ودراستها دراسة جيدة متفهمة – سواء من قبل المختصين بصياغة القانون، أو من قبل القضاة المنوط بهم تطبيق القوانين لحل المنازعات – لأن القواعد الكلية "هي تعابير فقهية مركزة تعبّر عن مبادئ قانونية، ومفاهيم مقررة في الفقه الإسلامي تبنتها المذاهب الاجتهادية في تفريع الأحكام، وتنزيل الحوادث عليها، وتخريج الحلول الشرعيّة للوقائع، سواء في ذلك العبادات، والمعاملات، والجنايات، وشئون الأسرة (الأحوال الشخصيّة) وأحوال الإدارة العامّة، وصلاحياتها، والقضاء ووسائل الإثبات – البيّنات القضائية"[(١)].

وحيث إنّ القانون المدني اليمني قد نص في مادته الأولى على أن "... هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية..." فإن هذا معناه أن رجال التشريع والقضاة لابد وأن يحيطوا بالقواعد الأصولية والفقهية دراسة وفهمًا، فهي ضوابط للتفكير الفقهي.

ومن خلال هذا كله يتبين لنا أن القواعد في الشريعة الإسلامية لها أهمية قصوى في فهم الأحكام الشرعيّة واستنباطها استنباطا سليمًا، فيدخل في هذا كل القواعد سواء أكانت قواعد لغوية – كقاعدة: **"الأمر للوجوب والنهي للتحريم"**، أم كانت قواعد غير لغوية، كالقواعد المعنويّة التشريعيّة، فالقواعد اللغوية تساعد في فهم ألفاظ النصوص ودلالتها، ولهذا قال القرافي عن أصول الفقه:" هو في غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة..."[(٢)]، كما أن القواعد المعنويّة تساعد في فهم مقاصد الشريعة؛ لأن فهم القواعد التشريعيّة وربطها بالفروع

---

(١) لمحة تاريخية عن القواعد الفقهية الكلية، في مقدمة شرح القواعد الفقهية، لأحمد بن محمد الزرقا، ٩.

(٢) الفروق، ١/٢ -٣.

يكشف كثيرًا من تلك المقاصد والحكم التي بنيت عليها الأحكام[١]، وهذا ما أشار إليه القرافي أيضًا بقوله عن القواعد الكلية بأنها: "جليلة، كثيرة العــدد، عظيمــة المــدد، مشتملة على أسرار الشرع وحكمه"[٢]، وهذا يُظهر براعة علماء الشريعة فــي فهــم المبادئ الفقهية، وكشف آفاقها، وضبطها لفروع الأحكام العملية.

ومن كل ما سبق تتأكد الحاجة إلى القواعد الشرعيَّة في البنـــاء المعرفـــي القانوني، نظرًا لوجود مسائل قانونية معاصرة تفرزها الحياة اليومية بما فيهـــا مـــن مستجدات، وكل ذلك يحتاج إلى توضيح الجانب الشرعي والقانوني لها، ومـــن هنـــا يلزم الرجوع إلى القواعد الشرعيَّة وإعمالها في هذه المسائل والقضايا، ومـــن تلـــك المجالات: مجال الأحوال الشخصيَّة والجنايات، فهما من المجالات التي يتعلق بهمـــا السلوك الإنساني، وحيث إنَّ هذا السلوك هو من الأفعال التي يجب أن يلتزم المـــسلم فيها بأوامر الشريعة، فإن القواعد تدخل من هذا الجانب في نطاق الدراسات الفقهيـــة لبيان الحكم الشرعي في أفعال المكلَّفين، وحيث إنَّ التعرف على الحكم ــ خاصة في الحوادث المتجددة ــ يبنى على القواعد، فإن هذا يؤكد الحاجـــة إلـــى القواعـد فـــي القانون.

وحيث إنَّ مقصود الشريعة الإسلامية هو تحقيق المصالح ودرء المفاســـد، فإن الاعتماد على القواعد في تنظيم الأحوال الشخصيَّة وإجراءات التحقيق والتجـــريم والعقاب، يحقق المصالح المترتبة عليها، ويكون الاعتماد على هذه القواعد ضـــابطا لذلك[٣].

وهكذا فقد اتَّضح في هذا الفصل أقسام القواعد، وأسسها، وحجيتهـــا، فـــي

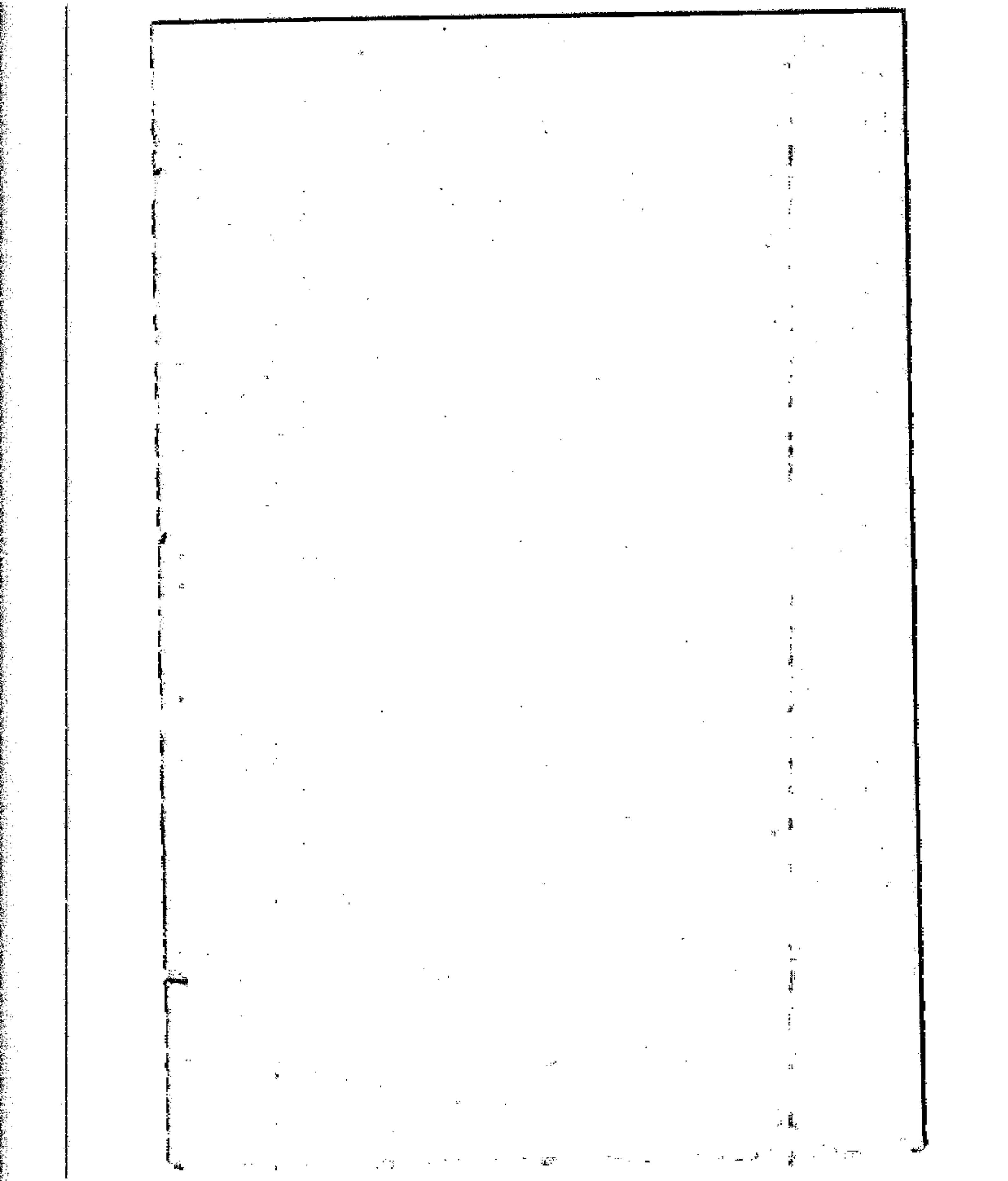
---

(١) القواعد الشرعيَّة ودورها في ترشيد العمل الإسلامي، د. محمد أبو الفتوح البيانوني، ٥٣.
(٢) الفروق، ١/٣.
(٣) وهذا ما يراه بعض الاقتصاديين الذين يرون أنه يمكن الاعتماد على هذه القواعد كضابط للنتاج العلمي والنشاط الاقتصادي. انظر:[القواعد الشرعيَّة وتطبيقاتها على المعاملات المالية المعاصرة، د. محمد عبد الحليم عمر، ٢٣].

الأحكام، ومميزاتها، وهذا كله سعيًا للبحث عن الحكم الشرعي لأفعال المكلّفين.

وحيث إنّ القواعد تتنوع فإن البحث سيتناول القواعد الأصولية والفقهية في الأبواب القادمة؛ لأن من القواعد ما يتعلق بالحكم الشرعي، ومنها ما يتعلق بالقواعد الأصولية اللغوية التي تستثمر في فهم النّصّ الشرعي والقانوني، ومنها ما يتعلق بمقاصد الشريعة الإسلامية والتي تتحقق في القواعد الخمس الكبرى.

وفي الباب القادم سأتناول أولى أنواع القواعد الأصولية، وهي القواعد المتعلّقة بالحكم الشرعي.



الباب الأول

بعض القواعد الأصولية المتعلّقة بالحكم الشرعي، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة، والإجراءات الجزائيّة، والجرائم والعقوبات في اليمن

ويشتمل على: -

تمهيد: تعريف الحكم الشرعي وأقسامه.

الفصل الأول: قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة والإجراءات الجزائيّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الفصل الثاني: قاعدة: تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة، والإجراءات الجزائيّة، والجرائم والعقوبات في اليمن.

الفصل الثالث: قاعدة: حكم وسيلة الواجب، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة، والإجراءات الجزائيّة، والجرائم والعقوبات في اليمن.

الفصل الأول

قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع، والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن

ويشتمل على:ـ

المبحث الأول: قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع والقواعد ذوات الصلة بها في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: موقف القانون اليمني من قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع والقواعد ذوات الصلة بها.

المبحث الثالث: نطاق إعمال قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني وكيفية الإفادة منها فيه.

المبحث الرابع: تطبيق قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل وورد الشرع في شرعية الإجراءات الجزائيَّة في القانون اليمني.

المبحث الخامس: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع في تطبيق مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة في القانون اليمني.

المبحث السادس: تطبيق قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع في شرعية الجرائم والعقوبات في القانون اليمني.

المبحث السابع: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع في تطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في القانون اليمني.

تعريف الحكم الشرعي وأقسامه

١_ تعريف الحكم الشرعي:

الحكم الشرعي هو: "خطاب الله تعالى المتعلِّق بأفعال المكلَّفين بالاقتضاء أو التخيير"[(١)]، "أو الوضع، ليدخل الحكم بالسببية والشرطية ونحوهما"[(٢)]؛ كالمانعية، ومعنى تعلُّق الحكم بأفعال المكلَّفين: تعلُّقه بفعل من أفعالهم[(٣)].

٢_ أقسام الحكم الشرعي:

ينقسم الحكم الشرعي إلى: حكم تكليفي، وحكم وضعي.

أ- الحكم التكليفي:

الحكم الشرعي يتناول طلب فعل الشيء أو تركه، وهو المقصود بالاقتضاء، أي: طلب فعل أو ترك، فالطلب إمّا طلب الفعل جازمًا – كالإيجاب – أو غير جازم – كالندب – وإماّ طلب الترك جازمًا – كالتحريم – أو غير جازم – كالكراهة – أو التخيير بين الفعل والترك، فيدخل في الاقتضاء: الواجب، والمحظور، والمندوب، والمكروه، والتخيير الذي هو الإباحة، وكل هذا يُسمى بالحكم التكليفي؛ لأن فيه كلفة علي الإنسان، وهذا ظاهر فيما طُلب فيه الفعل أو الترك، ولكن المباح يعتبر من أقسام الحكم التكليفي؛ لأن الإباحة مختصة بالمكلَّف، فلا تكون الإباحة أو

---

(١) التنقيح في أصول الفقه، لصدر الشريعة، ٢٢/١.

(٢) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة. وانظر في تعريف الحكم الشرعي:[التوضيح في حلّ غوامض التنقيح، لصدر الشريعة، ٢٢/١-٢٥؛ شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني، ٢٢/١-٢٥؛ شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٧٩؛ إرشاد الفحول، للشوكاني،٥٦/١-٥٩].

(٣) التوضيح في حل غوامض التنقيح؛ لصدر الشريعة، ٢٣/١

التّخيير بين الفعل والترك إلاّ لمن يصح إلزامه بالفعل والترك، فهذا وجه اعتبار الإباحة من الحكم التكليفي، من باب التغليب[1].

بـ الحكم الوضعي:

ويتناول الحكم الشرعي – أيضًا – بيان ما جعله الشارع سببًا لوجود شيء، أو شرطًا له، أو مانعًا منه، ويسمى هذا بالحكم الوضعي؛ لأنه ربط بين شيئين بالسببية، أو الشرطية، أو المانعية بوضع من الشارع؛ فالشارع وضع الأسباب والشروط والموانع علامات لأحكام تكليفية وجودًا وانتفاء، فالمراد بالوضع: جعل شيء سببًا لآخر، أو شرطًا له، أو مانعًا منه[2].

٣ـ أقسام الحكم التكليفي:

من خلال ما سبق يتبين أن الأحكام التكليفية خمسة هي: الإيجاب، والتحريم، والندب، والكراهة، والإباحة[3].

أ- **الإيجاب:** وهو طلب الشارع الفعل على سبيل الحتم والإلزام، وأثره في فعل المكلّف: الوجوب، والفعل المطلوب على هذا الوجه: هو الواجب الذي يمدح فاعله ويُذم تاركه[4]، كقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾[5]، فإنه حكم شرعي، إذ الخطاب في الآية تعلق بفعل من أفعال المكلّفين، وهو الإيفاء بالعقود على جهة الطلب له.

---

(١) التنقيح في أصول الفقه، وشرحه التوضيح، لصدر الشريعة، وشرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني، ١/٢٢-٢٥؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ١/٥٦. والفقهاء يطلقون الحكم "على ما ثبت بالخطاب، كالوجوب، والحرمة " انظر: [التنقيح في أصول الفقه، لصدر الشريعة، ١/٢٣].

(٢) التوضيح في حل غوامض التنقيح، لصدر الشريعة، ١/٢٤-٢٥؛ شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٧٩؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ١/٥٧

(٣) التوضيح في حل غوامض التنقيح، لصدر الشريعة، ١/٢٣؛ شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٧١؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ١/٥٦-٥٧.

(٤) المصادر السابقة، نفس الأجزاء، نفس الصفحات

(٥) من الآية الأولى من سورة المائدة

ب – **التحريم**: وهو طلب الشارع الكف عن الفعل على سبيل الجزم والإلزام، وأثره في فعل المكلّف: الحرمة، والفعل المطلوب تركه: هو الحرام أو المحرم، الذي يُذم فاعله ويمدح تاركه[١]، ويقال له أيضًا: المعصية، والمزجور عنه، والمحظور[٢]، كقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾ ﴾[٣]، فالخطاب في الآية حكم شرعي، طُلب به الكف عن فعل هو الزنى.

جـ – **الندب**: وهو طلب الشارع الفعل على سبيل الترجيح لا على الإلزام والجزم، وأثره في فعل المكلّف: الندب، والفعل المطلوب على هذه الصفة: هو المندوب الذي يمدح فاعله ولا يذم تاركه[٤].

د – **الكراهة**: وهي طلب الشارع الكف عن الفعل على سبيل الترجيح، لا الحتم والإلزام، وأثره في فعل المكلّف: الكراهة – أيضًا – والفعل المطلوب تركه على هذا الوجه: هو المكروه الذي يمدح تاركه ولا يذم فاعله[٥].

هـ – **الإباحة**: وهي تخيير الشارع للمكلف بين الفعل والترك دون ترجيح لأحدهما على الآخر، وأثره في فعل المكلّف: الإباحة، والفعل الذي خُيِّر فيه المكلّف: هو المباح الذي لا يمدح على فعله ولا على تركه[٦]، وقد يطلق على ما لا ضرر على فاعله[٧]، ويقال للمباح: الحلال، والجائز، كقوله تعالى: ﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ ﴾ [٨]، فإنه خطاب بإباحة الانتشار في الأرض بعد الفراغ من الصلاة.

---

(١) التوضيح في حل غوامض التنقيح، لصدر الشريعة، ١/٢٤؛ شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٧١؛ إرشاد الفحول،للشوكاني، ١/٥٦–٥٧

(٢) إرشاد الفحول،للشوكاني، ١/٥٩

(٣) الآية ٣٢ من سورة الإسراء

(٤) التوضيح في حل غوامض التنقيح، لصدر الشريعة، ١/٢٣؛ شرح تنقيح الفصول،للقرافي، ٧١،إرشاد الفحول، للشوكاني، ١/٥٦،٥٧.

(٥) التوضيح في حل غوامض التنقيح، لصدر الشريعة،١/٢٤؛ شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٧١؛إرشاد الفحول،للشوكاني،١/٥٦، ٥٩.

(٦) المصادر السابقة، نفس الأجزاء، نفس الصفحات.

(٧) إرشاد الفحول، للشوكاني، ١/٥٩

(٨) من الآية ١٠ من سورة الجمعة

٤ – **أقسام الحكم الوضعي: ينقسم الحكم الوضعي إلى الأقسام التالية:**

أ – **السبب:** وهو:"ما يلزم من وجوده الوجود، ومن عدمه العدم لذاته"[1]؛ فالسبب جعل الشارع وجوده علامةً على وجود الحكم، وعدمه علامةً على عدم الحكم، كقوله تعالى: ﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ ﴾[2]، فالخطاب في الآية حكم شرعي يجعل السرقة سببًا لوجوب قطع يد السارق أو السارقة[3].

ب – **الشرط:** وهو "ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته"[4]، فالشرط يتوقف وجود الشيء على وجوده، ولا يلزم من وجوده وجود الشيء، ولكن يلزم من عدمه عدم ذلك الشيء؛ كالحول في الزكاة، فإنه يلزم من عدمه عدم وجوب الزكاة، ولا يلزم من وجوده وجوبها لاحتمال عدم النصاب ولا عدم وجوبها لاحتمال وجود النصاب، وكالطهارة، فإنها شرط للصلاة، وكالإحصان، فإنه شرط في سببية الرجم، وعدمه يستلزم عدم سببية الرجم[5].

ج – **المانع:** وهو "ما يلزم من وجوده العدم، ولا يلزم من عدمه وجود، ولا عدم لذاته"[6]، فالمانع رتب الشارع على وجوده عدم وجود الحكم أو عدم السبب، أي: بطلانه، كالدَّين؛ فإنه مانع في الزكاة، فإنّ حكمتها مواساة الفقراء من فضل مال الغني، ومع الدَّين لا يوجد فضلاً يواسَى به الفقراء[7].

هذه هي أقسام الحكم الشرعي الذي هو الغاية من علم الفقه وأصوله،

---

(١) تنقيح الفصول، للقرافي، ٨١

(٢) من الآية ٣٨ من سورة المائدة

(٣) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٨٠؛ إرشاد الفحول،للشوكاني، ٥٩/١، ٦٠.

(٤) تنقيح الفصول، للقرافي، ٨٢

(٥) التوضيح، لصدر الشريعة، ٢٥/١؛ شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٨٢؛ إرشاد الفحول،للشوكاني، ٦٠/١

(٦) تنقيح الفصول، للقرافي، ٨٢

(٧) تنقيح الفصول، للقرافي، ٨٢؛ إرشاد الفحول،للشوكاني، ٦٠/١

ولكن علم الأصول ينظر إليه من جهة وضع القواعد والمناهج الموصلة إلى الحكم الشرعي، وعلم الفقه ينظر إليه باعتبار استنباط الحكم الشرعي فعلاً بتطبيق ما وضعه علم الأصول.

ومن القواعد المتعلِّقة بالحكم الشرعي: قواعد أصولية تبحث في فعل المكلّف قبل مجيء الشرع، وقواعد أصولية تتعلق بفعل المكلّف إذا اجتمع فيه طلب الإيجاب والتحريم معًا وأيهما الغالب في ذلك، وقواعد أصولية تتعلق بالحكم على فعل المكلّف إذا اجتمع فيه المانع منه أو المقتضي له، وقواعد أصولية تتعلق بحكم وسيلة الواجب، وهذه القواعد سيتم تناولها في هذا الباب من خلال الفصول القادمة.

المبحث الأول

قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع والقواعد ذوات الصلة بها في الشريعة الإسلامية

قواعد حكم الأشياء قبل ورود الشرع وبعده من القواعد المتعلّقة بالحكم الشرعي، فهي تبحث في معرفة المكلّف لحكم الأشياء قبل التشريع وبعده إذا لم يرد من الشرع شيء في حكمها، ومن القواعد المقرَّرة في علم الأصول والتي لا خلاف فيها[1] قاعدة: "أن الحاكم بعد البعثة هو الشرع"، وقد ذكر الشوكاني هذه القاعدة بقوله:" لا خلاف في كون الحاكم الشرع بعد البعثة وبلوغ الدّعوة"[2]،كما أن قاعدة حكم الأشياء بعد ورود الشرع إذا لم يرد شيء من الشرع في حكمها، يتناولها علماء الأصول في قواعد الاستصحاب، والتي منها استصحاب البراءة، ولذلك ستكون دراستها ضمن قواعد الاستصحاب، لتقتصر دراسة هذا الفصل على القواعد الأصولية في حكم الأشياء قبل ورود الشرع، ومعرفة آراء العلماء فيها، ومعرفة بعض القواعد المتصلة بها، وموقف القانون اليمني منها، وذلك على النحو التالي: –

أولاً: آراء العلماء في القواعد الأصولية المتعلّقة بحكم الأشياء قبل ورود الشرع

اختلف العلماء حول حكم الأشياء قبل ورود الشرع إلى ثلاثة آراء، هي: –

الرأي الأول: أنه لا يثبت حكم على العقلاء قبل ورود الشرع

وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء، فهو قول بعض الحنفية، فهم يقولون: إنه "لا يُقَـال فـي الأشيـاء قبـل ورود السمـع: إنهـا مبـاحـة، ولا

---

(١) التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية، لكمال الدّين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسي، الشهير بابن همام الدين الإسكندري الحنفي،٢/١٥٠ – مطبوع مع شرحه المسمى: "تيسير التحرير"، لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه، طبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

(٢) إرشاد الفحول، ١/٦٢-٦٣

يقـال: إنها محظورة"[1]، وهو المختار عند بعضهم[2]، وهو قول أكثر المالكية[3]، وجمهور الشافعية[4]، وأهل السنة والجماعة، والأشاعرة[5]، وأكثر

---

(١) أصول الجصّاص، المسمّى: الفصول في الأصول، تأليف: أبي بكر أحمد بن علي الجصّاص الرازي، ضبط نصوصه، وخرّج أحاديثه، وعلق عليه: د.محمد محمد تامر، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميّة، بيروت–لبنان،ط١، ١٤٢٠هـ – ٢٠٠٠م، ٢/٩٩–١٠٠. وانظر أيضًا في هذا القول عند الحنفية: التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، طبعة مصطفى البابي الحلبي، وأولاده بمصر، سنة١٣٥١هـ، ٢٢٤؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٧٣؛ الوصول إلى قواعد الأصول، للغزّي، ٣٢٠

(٢) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، طبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، سنة ١٣٥١هـ،٢٢٤؛ الأشباه والنظائر،لابن نجيم،٧٣.

(٣) إحكام الفصول في أحكام الأصول، لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، دراسة وتحقيق: د.عبد الله محمد الجبوري، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت،ط١، ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م، ٢/٦٠٨؛ الإشارة في أصول الفقه، للمؤلف نفسه، تحقيق وإعداد: مركز الدراسات والبحوث بمكتبة نزار مصطفى الباز، ونشرها، الرياض، ط١، ١٤١٧هـ –١٩٩٦م، ٢٩٩، ٤٢٣؛ الحدود في الأصول، للمؤلف نفسه، تحقيق: نزيه حمّاد، الناشر: مؤسسة الزعبي للطباعة والنشر، لبنان– بيروت، سورية– حمص، ط١، ١٣٩٢هـ – ١٩٧٣م، ٥٨؛ منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل، لجمال الدّين أبي عمرو عثمان بن عمرو بن أبي بكر المقري، المعروف بابن الحاجب، دار الكتب العلميّة، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م، ٣١، ٣٢؛ تنقيح الفصول للقرافي، ٨٨.

(٤) البرهان في أصول الفقه، لإمام الحرمين أبي المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، حقّقه وقدّمه ووضع فهارسه: د. عبد العظيم الدّيب، كلية الشريعة، جامعة قطر، طبع على نفقة صاحب السمو الشيخ/خليفة بن حمد آل ثاني، أمير دولة قطر، ط١، ١٣٩٩هـ، ١/٩٩؛ المحصول في علم أصول الفقه، للرازي، ١/١٥٨– ١٥٩؛ المستصفى من علم الأصول، لأبي حامد محمد بن محمد الغزّالي، تخريج: مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي، ومن نشرها ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت، لبنان،ط١،١/٦٦–٦٧؛ الإحكام، للآمدي، ١/٦٠،٨٨؛ الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ١/٤٣؛ التمهيد، للإسنوي،٥٩؛ شرح الورقات في علم أصول الفقه، لجلال الدين محمد بن أحمد المحلّي الشافعي، على ورقات أبي المعالي إمام الحرمين عبد الملك بن يوسف الجويني، ومعه حاشية الشيخ أحمد بن محمد الدمياطي الشافعي، تحقيق ودراسة: أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، نشر: دار الفضيلة، القاهرة، ١٢٢.

(٥) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، طبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، سنة ١٣٥١هـ، ٢٢٤؛ الإحكام، للآمدي، ١/٦٨؛ حاشية الدمياطي، بهامش شرح الورقات، ١٢٢.

والأشاعرة، أو الأشعرية: هم أصحاب أبي الحسن علي بن إسماعيل الأشعري، المنتسب إلى أبي موسى الأشعري ﷺ ومن مذهبه: أنّه تعالى عليم بعلم، قادر بقدرة، حيّ بحياة، مريد بإرادة،

الحنابلة[1]، وأقوى المذاهب عندهم[2]، وهو ما ذهب إليه جمهور الزيدية[3]،

متكلّم بكلام، سميع بسمع وبصر. ومن مذهب الأشعري أيضًا: أنّ الواجبات كلّها سمعية، والعقل لا يوجب شيئًا ولا يقتضي تحسينًا وتقبيحًا، فمعرفة الله تعالى بالعقل تحصل وبالسمع تجب، قال الله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ۝﴾[من الآية١٥ من سورة الإسراء]، وكذلك شكر المنعم، وإثابة المطيع، وعقاب العاصي يجب بالسمع دون العقل. انظر: [الملل والنحل، لأبي الفتح محمد بن عبد الكريم الشهرستاني، صحّحه وعلّق عليه: أحمد فهمي محمد، دار الكتب العلميّة،بيروت – لبنان، ١/٨١-٩١].

(١) التمهيد في أصول الفقه، لمحفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوذاني الحنبلي، الجزآن: الأول، والثاني دراسة وتحقيق: د.مفيد محمد أبو عمشة، والجزآن: الثالث، والرابع دراسة وتحقيق: د.محمد بن علي بن إبراهيم، نشر: مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، الكتاب (٣٧) من التراث الإسلامي، ط١، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٥م، دار المدني للطباعة والنشر والتوزيع، جدة، ٤/٢٧٠، ٢٧١؛ روضة الناظر وجنة المُناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: لموفّق الدّين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الدمشقي، ومعه شرحه المسمى: نزهة الخاطر العاطر، لعبد القادر بن أحمد بن مصطفى بدران الدّومي ثم الدمشقي، دار الكتب العلميّة، بيروت – لبنان، كلاهما، ١/١١٧؛ المسودة في أصول الفقه، تتابع على تصنيفه ثلاثة من أئمة آل تيمية، هم: (١)مجد الدّين أبو البركات عبد السلام بن عبد الله بن الخضر. (٢) شهاب الدّين أبو المحاسن عبد الحليم بن عبد السلام (٣) تقّي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم، جمعها وبيّضها: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن أحمد بن عبد الغني الحّراني الدمشقي، طبعة مقابلة على عدة نسخ خطية، تقديم: محمد محيي الدين عبد الحميد، مطبعة المدني، المؤسسة السعودية بمصر، القاهرة، ٤٢٢، ٤٣٢، ٤٣٣؛ القواعد والفوائد الأصولية؛ لابن اللّحام، ١٥٢.

(٢) التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ٤/٢٧٠، روضة الناظر، لابن قدامة،١/١١٩؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٤٢٦

(٣) معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى، في مقدمة البحر الزخار، ١/١٨٣؛ أصول الفقه، المسمّى: إجابة السائل شرح بغية الأمل، لمحمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني، تحقيق القاضي: حسين بن أحمد السياغي، والدكتور/حسن محمد مقبولي الأهدل، مؤسسة الرسالة،

والظاهرية[1].

ومن القواعد المعبّر بها عن هذا الرأي قاعدتي: "لا حكم على العقلاء قبل ورود الشرع"[2]، و: "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع"[3]، وهما متشابهتان لفظًا ومعنى، وهما يعبّران عن تفسير هذا الرأي، فمعناهما: أن أفعال العقلاء قبل ورود الشرع لا حكم لها بإباحة أو تحريم ولا مدخل للعقل في ذلك؛ لأن الحكم عبارة عن خطاب، وقبل الشرع لم يرد خطاب وحيث لا خطاب لا حكم للأشياء قبل الشرع، فهي على الوقف، بمعنى: أننا نتوقف في الحكم عليها، فلا نحكم عليها لا بإباحة ولا بتحريم[4]، وهذا المعنى للوقف هو اختيار الإسنوي[5]، وهو تفسير

بيروت، ومكتبة الجيل الجديد، صنعاء، ط٢، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، المعهد العالي للقضاء، وزارة العدل، الجمهورية اليمنية، ٤٢، ٢٢٧، ٢٢٨؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٢/١، ٧٧.

(١) الأصول والفروع، لابن حزم الأندلسي، تحقيق وتقديم وتعليق: الدكتور/محمد عاطف العراقي، والدكتورة/سهير فضل الله أبو وافيه، والدكتور/إبراهيم إبراهيم هلال، دار النهضة العربية، القاهرة،ط١، ١٩٧٨م، مطبعة حسان، القاهرة، ٢٩٨/٢ -٢٩٩. وانظر ما قاله ابن حزم عن حكم الأشياء قبل ورود الشرع، بأنه: "ليس لها حكم في العقل أصلا، لا بحظر ولا بإباحة، وأن كل ذلك موقوف على ما ترد به الشريعة". [الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلميّة، بيروت - لبنان، ط١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ٥٢/١]

(٢) البرهان في أصول الفقه، للجويني، ٩٩/١.

(٣) الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، ٨٨/١؛ ومثلها: " لا يثبت حكم قبل الشرع". انظر: [تنقيح الفصول، للقرافي، ٨٨].

(٤) أصول الجصاص، ٩٩/٢-١٠٠؛ إحكام الفصول، للباجي، ٦٠٨/٢،٦٠٩؛ التمهيد، للإسنوي، ٥٩٩؛ الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم، ٥٢/١.

(٥) هو عبد الرحيم بن الحسن بن علي بن عمر بن علي بن إبراهيم القرشي الأموي الإسنوي المصري الشافعي جمال الدين، الأصولي، النحوي، وُلد سنة أربع وسبعمائة (٧٠٤هـ) بإسنا، وقدم القاهرة سنة إحدى وعشرين، سمع الحديث، واشتغل بأنواع العلوم، وتصانيفه مشهورة، منها: شرح الرافعي، والفروق في الفقه، وشرح منهاج البيضاوي، والزيادات عليه في الأصول، والتمهيد في تخريج الفروع على الأصول، وله في النحو: الكواكب الدرّية في تنزيل الفروع

الغزالي[1] – أيضًا – حيث فسر التوقف بمعنى مقارب لهذا المعنى، وهو توقف الحكم بالأشياء على ورود السمع، ولا حكم للشيء في الحال ما لم يرد السمع[2].

أدلّة أصحاب هذا الرأي:

استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه من أنه لا يثبت حكم قبل ورود الشرع بما يلي: –

١ – قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴿١٥﴾﴾[3].

ووجه الاستدلال: أن نفي التعذيب قبل البعثة يستلزم انتفاء الأحكام قبل البعثة[4]؛ لانتفاء الرسول الموصّل إلى الحكم، ويلزم من انتفاء الرسول انتفاء ترتب الثواب والعقاب، وأنّ الله لا يعذّبُ أحدًا إلاّ بعد إرسال الرسل[5]؛ لأن قوله تعالى: ﴿

الفقهية على القواعد النحوية، توفي سنة اثنتين وسبعين وسبعمائة (٧٧٢هـ). انظر في ترجمته: [بُغية الوُعاة، ٢/٩٢-٩٣؛ شذرات الذهب، ٦/٢٢٤].

(١) هو حجة الإسلام زين الدين أبو حامد محمد بن محمد بن أحمد الطوسي الشافعي، الغزالي، صاحب التصانيف، تفقه ببلده أولًا، ثم تحول إلى نيسابور، فلازم إمام الحرمين أبي المعالي الجويني، فبرع في الفقه، أخذ في تأليف الأصول، والفقه، والكلام، والحكمة، زهد عن الرئاسة، وحج، وزار بيت المقدس، وأقام مدة بدمشق، ومن مؤلفاته: الإحياء، والقسطاس، ومحك النظر، والوسيط، والوجيز، والمستصفى في أصول الفقه، وغيرها، وُلد سنة خمسين وأربعمائة (٤٥٠هـ) وقيل: سنة اثنتين وأربعين وأربع مائة (٤٤٢هـ)، وتوفي سنة خمس مائة وخمس (٥٠٥هـ)، وقيل سنة عشر وخمسمائة (٥١٠هـ). انظر في ترجمته: [طبقات الشافعية الكبرى، لتاج الدين أبي نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، ومحمود محمد الطناحي، ط١، ١٣٨٨هـ – ١٩٦٨م، نشر: عيسى البابي الحلبي، القاهرة، ٦/١٩١،١٩٣- ٢٢٧؛ سير أعلام النبلاء، ١٩/٣٢٢-٣٤٦؛ الوافي بالوفيات، لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي،ط٢، باعتناء: هلموت ريتر، دار النشر، فرانز شتايز، بڤيسباون – ألمانيا، ١٣٨١هـ – ١٩٦٢م،١/٢٧٤ – ٢٧٧]

(٢) المستصفى، ١/٦٧.

(٣) من الآية١٥ سورة الإسراء.

(٤) تنقيح الفصول، للقرافي، ٨٨، وشرحه، ٩٤.

(٥) حاشية الدمياطي بهامش شرح الورقات،١٢٢-١٢٣.

﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ ﴾ يدل على نفي العذاب قبل إرسال الرسل، ويعني – أيضًا – نفي الثواب حتى يبعث الله تعالى رسولاً[1].

إلا أن هذا الاستدلال لم يسلم به القائلون بأن حكم الأشياء قبل البعثة هو التحريم، حيث أجابوا عن هذا الاستدلال: بأن الآية الكريمة المذكورة ليست في مقام بيان نفي العقاب الأخروي، ولا في مقام نفي العقاب قبل البعثة، وإنما هي في مقام الإخبار عن جريان عادة الله جل جلاله في القرون الخالية والأمم الماضية بالنسبة إلى التعذيبات الدنيوية[2].

وهذا يجاب عنه: بأن في الآية أمن من العذاب قبل بعثة الرسل، وذلك يستلزم انتفاء الوجوب والحرمة قبل البعثة، وإلاّ لما أُمِن العذاب بتقدير ترك الواجب وفعل المحرّم، إذ هو لازم لهما[3].

٢ – قوله تعالى: ﴿ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ ﴾[4].

ووجه الاستدلال: أن مفهوم الآية يدل على قيام الحُجَّة للناس قبل البعثة، وهذا يلزم منه نفي الموجب والمحرِّم لعدم وجود الرسول المبلِّغ[5].

٣ – قالوا: إنّ الحكم هو خطاب، ولا خطاب قبل ورود السمع، وأن العقل لا يبيح شيئًا ولا يحرمه، ولذلك فلا حكم للأشياء قبل ورود الشرع، فهي على الوقف[6].

٤ – أن القول بإباحة الأشياء أو حظرها قبل ورود السمع يقتضي وجود مبيح ووجود

---

(١) الأصول والفروع، لابن حزم، ٢/٢٩٨-٢٩٩

(٢) تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى الموسوي، السبزاوري،مطبعة الآداب، النجف الأشرف،١٣٩٩هـ-١٩٧٩م،٢/١٦٥،١٦٦،١٦٧

(٣) الإحكام، للآمدي، ١/٦٨

(٤) من الآية١٦٥من سورة النساء

(٥) الإحكام، للآمدي، ١/٦٨

(٦) الإحكام، للآمدي، ١/٦٨، ٦٩؛ روضة الناظر، لابن قدامة، ١/١١٨

حاظر؛ لأن الإباحة تقتضي مبيحًا والحظر يقتضي وجود حاظر، ولذلك لا يقال في حكم الأشياء قبل ورود السَّمع: إنها مباحة، ولا يقال: إنها محظورة[1]، كما أن حسن الأفعال وقبحها لا يعرف بالعقل وإنما يعرف بالشرع، وليس في العقل حظر محظور ولا إباحة مباح، فالعقل غير موجب ولا محرِّم للأشياء[2].

الرأي الثاني: أنّ حكم الأشياء قبل ورود الشرع هو الحظر.

وهذا ما ذهب إليه بعض الحنفية[3]خلافًا للرأي الأول المختار عند جمهورهم، وهو ما ذهب إليه قليل من المالكية[4]، وبعض الحنابلة[5]، وبعض الزيدية[6]، وهو المذكور عن جماعة من المعتزلة[7]، وهو ما ينطوي عليه كلام

---

(١) أصول الجصاص، ٩٩/٢

(٢) إحكام الفصول، للباجي،٦٠٩/٢؛ الحدود في الأصول، للمؤلف نفسه،٥٨.

(٣) أصول الجصاص، ٩٩/٢؛ التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، طبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٥١هـ، ٢٢٤؛ تيسير التحرير، لأمير باد شاه، طبعة دار الفكر، ٢٤/١

(٤) إحكام الفصول، للباجي،٦٠٩/٢؛ الإشارة في أصول الفقه، للمؤلف نفسه، ٢٩٩، ٤٢٣؛ تنقيح الفصول، للقرافي، ٨٨.

(٥) العدة في أصول الفقه، للقاضي أبي يعلى الفرّاء، حققه وعلّق عليه وخرّج نصه: د. أحمد بن علي سير المباركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط٢، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م، ٤٥٩/٢، التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ٢٧٠/٤؛ روضة الناظر، لابن قدامة، ١١٨/١؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٤٢١، ٤٢٥؛ نزهة الخاطر العاطر، لعبد القادر بدران- بهامش روضة الناظر- ١٢٠/١، ١٢١.

(٦) إجابة المسائل، لابن الأمير الصنعاني، ٤٢، ٢٢٨.

(٧) تنقيح الفصول، للقرافي، ٨٨؛ المستصفى، للغزالي، ٦٦/١؛ الإحكام، للآمدي، ٦٨/١.
والمعتزلة: هم الذين يسَمَّون أصحاب العدل والتوحيد، ويُلقَّبون بالقدرية، وهم قد جعلوا لفظ القدرية مشتركًا، وقالوا: لفظ القَدرية يطلق على من يقول بالقدر خيره وشره من الله تعالى، فالذي يعم طائفة المعتزلة من الاعتقاد هو أن الله تعالى قديم، والقديم أخص وصف ذاته، ونفوا الصفات القديمة أصلاً فقالوا: هو عالم بذاته، قادر لذاته، حي لذاته، واتفقوا على أن الحكيم لا

الإمامية، فهم يرون – بالنسبة لحكم الأشياء قبل التشريع – "أن يقال: إن مقتضى العبودية هو المنع عن كل شيء مطلقًا إلا بعد إذن المعبود، أو يقال: إن مقتضى كثرة عناية المعبود هو الترخيص في كل شيء إلا مع التصريح بالمنع"[1]، كما أن هذا الرأي مفهوم من خلال ما يسمونه: "قاعدة الحسن والقبح العقليين"[2]، التي يقصدون بها: أن الحاكم هو العقل مستقلاً، وأنه لا سبيل لحكم الشرع في الحسن والقبح إلاّ تأكيدًا وإرشادا، وأن العقل يستقل بإدراك حسن بعض الأفعال وقبح البعض الآخر، ويُحكم بأن القبيح محال على الله؛ لأنه حكيم، وفعل القبيح مناف للحكمة، وتعذيب المطيع ظلم والظلم قبيح وهو لا يقع من الله تعالى[3]، ومعنى هذا: أنهم يحكّمون العقل في إدراك الحسن والقبيح، وأن الأشياء قبل البعثة وبلوغ الدّعوة لها حكم فيما أدرك العقل فيها حسنًا أو قبحًا، فآراء العقول تتطابق على حسن الإحسان وقبح الظلم، وأنّ الله لا يظلم أحداً وهو عادل، وأن الإنسان حرٌ مختار[4].

يفعل إلا الصلاح والخير، ويجب –من حيث الحكمة– رعاية مصالح العباد، واتفقوا على أن أصول المعرفة وشكر النعمة واجب. انظر: [الملل والنّحل، للشهرستاني،٣٨].

(١) تهذيب الأصول، للموسوي، ١٦٢/٢.

(٢) أصل الشيعة وأصولها، لمحمود الحسيني (كاشف الغطاء) نشر: مرتضى الرضوي الكشميري، المطبعة العربية، مصر، ١٣٧٧هـ – ١٩٥٨هـ، ١٤٤.

(٣) أصل الشيعة وأصولها، لكاشف الغطاء، ١٤١،١٤٢،١٤٣،١٤٤؛تهذيب الأصول، للموسوي،١٣٨/٢؛ دروس في علم الأصول، لمحمد باقر الصدر، دار المنتظر، بيروت– لبنان،ط١، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٥هـ، الحلقة الأولى، ١٩٣؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، مؤسسة جمعية منتدى النشر وكلية الفقه في النجف الأشرف، مطابع دار النعمان، بالنجف الأشرف، ط٣،١٣٩٠هـ – ١٩٧١م، منشورات مكتبه المظفر للطباعة والنشر، النجف الأشرف، ٢١٦/٢.

(٤) المصادر السابقة، نفس الأجزاء، نفس الصفحات.

وهذا الرأي القائل: بأن حكم الأشياء قبل ورود الشرع هو الحظر، هو ما ذهب إليه بعض الإباضية[1]، كما ذهب بعضهم إلى اعتبار العقل حاكمًا فيما لم يرد فيه شرع، وأنه يجب على المرء فعل ما حَسُن وترك ما قبح في عقله، وإن لم يَبْلُغه الشرع[2]؛ ولذلك فإن العقل حاكم عند عدم وجود الشرع، ويجوز أن يرد الشرع بخلاف العقل، فإن ورد بما يخالف العقل فإنه يجب المصير إلى الشرع[3].

ومن القواعد المُعبر بها عن هذا الرأي: قاعدة: "**الأفعال قبل الشرع على الحظر**"[4] وقاعدة: "**الأشياء على الحظر**"[5]، وهما متشابهتان لفظًا ومعنى، وهما يُعَبران عن تفسير هذا الرأي، فمعناهما: أن حكم الأشياء قبل ورود الشرع هو الحظر، كما أن ما دلّ العقل على وجوبه – كالإيمان بالله وشكر المنعم – يكون واجبًا ويستحق فاعله الثواب وتاركه يستحق العقاب، وما دلّ العقل على حرمته (قبحه) كالكذب يكون حرامًا ويستحق فاعله العقاب[6].

---

(١) العدل والإنصاف في معرفة أصول الفقه والاختلاف، لأبي يعقوب يوسف بن إبراهيم الورجلاني، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م، ٦٨/١؛ غاية المأمول في علم الفروع والأصول، لمحمد بن شامس البطاشي، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م، ٣٤٦/١.

(٢) بيان الشرع، لمحمد بن إبراهيم الكندي، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م، مطابع سجل العرب، ٢٢٧/٢؛ غاية المأمول في علم الفروع والأصول، للبطاشي، ٥/١؛ فصول الأصول، لخلفان بن جميل السيابي، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢م، ١٧.

(٣) غاية المأمول، للبطاشي، ٥/١.

(٤) تنقيح الفصول، للقرافي، ٩٢.

(٥) تنقيح الفصول للقرافي، ٨٨

(٦) أصول الجصاص، ٩٩/٢؛ التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، طبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٣٥١هـ، ٢٢٤.

أدلّة أصحاب هذا الرأي:

استدل أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه من أنّ حكم الأشياء قبل الشرع هو الحظر بما يلي: -

١ - قولــه تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ مَاذَآ أُحِلَّ لَهُمْ﴾[1]

ووجه الاستدلال: أنّ مفهوم الآية يقتضي أنّ المتقدّم قبل الحل هو التحريم، وما دام ذلك كذلك فإنّ الأشياء قبل الشرع على الحظر[2].

٢ - قولــه تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلْأَنْعَٰمِ﴾[3]

ووجه الاستدلال: أن مفهوم الآية يقتضي أن الأنعام كانت قبل حلّها محرّمة، فدلّ ذلك على أن حكم الأشياء كلها قبل الشرع هو الحظر[4].

٣ - **قالوا:** إن التصرف في ملك الغير بغير إذنه أمر قبيح، والله سبحانه هو المالك للأشياء، ولم يأذن في التصرف في ملكه إذا لم يأت شرع بذلك؛ ولهذا فإنّ الأشياء على الحظر، كما أن الإقدام على فعل الشيء الذي لم يرد شرع بحكمه يحتمل أن يكون ضررًا؛ ولذلك يبقى الإقدام عليه محظورًا[5].

٤ - **قالوا:** إن الإنسان حرٌّ مختار له حريّة الإرادة في أفعاله، ولذا يصحُ عند العقلاء الملامة والعقوبة على فعل الشر والمدح على فعل الخير وإلا لبطل الثواب والعقاب ولم تكن فائدة في بعثة الأشياء وإنزال الكتب، وهذا من تعليلات الإمامية لقاعدة التحسين والتقبيح العقليين[6].

---

(١) من الآية ٤ من سورة المائدة.

(٢) تفتيح الفصول، للقرافي،٩٢

(٣) من الآية الأولى من سورة المائدة.

(٤) السابق، نفس الصفحة

(٥) روضة الناظر، لابن قدامة، ١/١١٨؛ المسودة، لابن تيمية، ٤٢١، ٤٢٥.

(٦) أصل الشيعة وأصولها، لكاشف الغطاء،١٤٣

مناقشة هذه الاستدلالات

يمكن مناقشة أدلّة أصحاب هذا الرأي من خلال النظر في تلك الأدلّة التي يمكن أن يجاب عنها بما يلي: -

١ - أن استدلالهم ببعض الأدلْة النقلية؛ كقوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ ﴾[١] لا يتعلق بقاعدة حكم الأشياء قبل ورود الشرع، وإنما يتعلق بقاعدة حكم الأشياء المسكوت عنها بعد ورود الدليل، وهو ما يندرج تحت قاعدة الاستصحاب، كما سيأتي لاحقًا، فاستدلالهم هذا يندرج تحت الأدلّة على تأكيد إباحة الأشياء بعد الشرع إذا لم يرد في حكمها شيء[٢]، وهذا ما أكده الجصّاص[٣] بقوله - عن قاعدة حكم الأشياء: "إنما هو كلام في حكم هذه الأشياء قبل مجيء السّمع، ثم جاء السّمع بتأكيد ما كان في العقل إباحته، وهو قوله تعالى: ﴿ وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ ﴾[٤]،وقال: ﴿ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا إِنَّهُ لَا يُحِبُّ الْمُسْرِفِينَ ﴿٣١﴾ ﴾[٥]، وقال تعالى: ﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ ﴾[٦]، إلى آخر الآيات، في آي أخر تقتضي إباحة هذه الأشياء"[٧].

٢ - أنّ القول بحظر جميع الأشياء قبل الشرع فيه كُلفة ومشقة تدخل على النفس، وغير جائز للإنسان إدخال الضرر والمشقة على نفسه من غير اجتلاب نفع، والعقل

---

(١) من الآية الأولى من سورة المائدة

(٢) انظر قواعد الاستصحاب في الفصل الثاني من الباب الثالث في بحثنا هذا.

(٣) هو أبو بكر الرّازي أحمد بن علي الحنفي، صاحب التصانيف، كان إمام الحنفيةه في عصره، مات سنة سبعين وثلاثمائة (٣٧٠هـ)، وكان مولده ببغداد سنة خمس وثلاثمائة (٣٠٥هـ)، ومن مؤلفاته: أحكام القرآن. انظر في ترجمته: [الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ٢٧-٢٨].

(٤) من الآية ١٣ من سورة الجاثية.

(٥) من الآية ٣١ من سورة الأعراف.

(٦) من الآية ٣٢ من سورة الأعراف.

(٧) أصول الجصاص، ٢/١٠٤.

يقتضي عدم الإضرار بالنفس والمشقة عليها[1].

٣- أنّ القول بحظر جميع الأشياء قبل الشرع يعني أن يكون محظورًا على الإنسان كلّ فعل من الحركات والسّكنات والقيام والقعود والاضطجاع وغير ذلك، وهذا محال؛ إذ لو قلنا بحظر الأفعال كلها من الحركات والسكنات لقلنا بعدم الأكل والشرب باعتبارهما من الحركات، وفي ترك الأكل والشرب تلف للنفس، وذلك ضرر[2]

الرأي الثالث:أن حكم الأشياء قبل ورود الشرع هو الإباحة.

وهذا ما ذهب إليه بعض الحنفية الذين يرون أن هذا الحكم يشمل كل الأشياء قبل التشريع إلاّ ما دلّ العقل على قبحه أو وجوبه فإنه يكون محظورًا؛ فالظلم والكذب – مثلاً – من الأشياء التي دلّ العقل على قبحها فلذلك يكون حكمها التحريم في العقل، كما أن شكر المنعم، ووجوب الإنصاف – مثلاً – من الأشياء التي دلّ العقل على وجوبها فلذلك يكون حكمها الوجوب، وما سوى ذلك ممّا دلّ العقل على قبحه أو وجوبه يكون مباحًا[3]، بمعنى:" أنه لا تبعة على فاعله، ولا يستحق بفعله ثوابًا "[4]، كما أن هذا الرأي قال به قليل من المالكية الذين يرون أن الأشياء قبل الشرع على الإباحة مطلقًا[5]، وممن قال بهذا الرأي: بعض الحنابلة[6]، وبعض

---

(١) أصول الجصاص ، ١٠١/٢.

(٢) السابق، ١٠١/٢، ١٠٢

(٣) السابق،٩٩/٢، ١٠٠، ١٠١، ١٠٣.

(٤) السابق، ٩٩/٢

(٥) إحكام الفصول، للباجي،٦٠٩/٢؛الإشارة في أصول الفقه، للمؤلف نفسه، ٢٩٩، ٤٢٣؛ تنقيح الفصول، للقرافي، ٨٨ ، ٩٢.

(٦) التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ٢٦٩/٤؛ روضة الناظر، لابن قدامة، ١١٧/١؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٤٢١، ٤٢٦

الزيدية[1]، وجماعة من المعتزلة [2]، وهو قول بعض الإباضية[3]، بل هو المنسوب إلى جمهورهم[4] والأصح عندهم، فقد قال الورجلاني[5]:"الأصحّ أنّ الأشياء على

---

(١) إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٤٢، ٢٢٨؛ نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، لمحمد بن علي الشوكاني، طبعة منقحة ومشكولة ومرقمة الأحاديث، ضبط وتصحيح: صدقي محمد جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت-لبنان، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ٢٥١/٨؛ نبذة مختصرة من كتاب شذور الذهب في تحقيق المذهب، لعبد الله بن الحسين دلامة- في مقدمة شرح الأزهار -لأبي الحسن عبد الله بن مفتاح، من إصدارات: وزارة العدل، الجمهورية اليمنية، تنفيذ: مكتبة التراث الإسلامي، الجمهورية اليمنية، صعدة، ط١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ٤١٧/١.

(٢) تنقيح الفصول، للقرافي، ٨٨؛ المستصفى، للغزالي، ٦٦/١؛ الإحكام، للآمدي، ٦٨/١.
ويلاحظ أنّ المعتزلة قسّموا الأفعال إلى قسمين:-
- القسم الأول: الأفعال الاضطرارية: وهي التي تقع بغير اختيار المكلّف، ولا قدرة له على تركها- كالتنفس في الهواء، فهذا غير ممنوع قطعًا، وإلا فإنّ ذلك تكليف للمكلف مالا يطاق.
- القسم الثاني: الأفعال الاختيارية، كأكل الفواكه، وغيرها، والأفعال الاختيارية منها: ما حسّنه العقل، ومنها: ما قبحه، ومنها: ما لا يقضي فيه العقل بواحد منهما، فما حسّنه العقل إن استوى فعله وتركه في النفع والضرر، سمّوه مباحًا، وإن ترجح فعله على تركه، فإن لحقه الذم بتركه سمّوه واجبا كالإيمان، وإن لم يلحقه الذم بتركه سمّوه مندوباً، وأما ما قبّحه العقل، فإن التحق بفعله سموه حرامًا، وإلا فمكروه، وما لم يقضِ العقل فيه بحسن ولا قبح فقد اختلفوا فيه، فمنهم من حظّره، ومنهم من أباحه، ومنهم من وقف عن الأمرين. انظر: [المحصول، للرازي، ١٥٨/١-١٥٩؛ الإحكام، للآمدي، ٦٨/١؛ الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي،١٤٣/١-١٤٥؛إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٢/١-٦٧].

(٣) غاية المأمول في علم الفروع والأصول، للبطاشي،٣٤٦/١.

(٤) العدل والإنصاف، للورجلاني، ٦٨/١؛ غاية المأمول، للبطاشي ٤/١،٥؛فصول الأصول، لخلفان السيابي، ١٧.

(٥) هو يوسف بن إبراهيم بن ميّاد السدراتي الورجلاني- نسبة إلى ورجلان أحد أودية المغرب الأقصى- أبو يعقوب، فقيه، أصولي،متكلم، رياضي، من الإباضية، رحل في شبابه إلى الأندلس، وسكن قرطبة، من آثاره: "العدل والإنصاف" في أصول الفقه، و"الدليل والبرهان" في عقائد الإباضية، و"مرج البحرين" في المنطق والهندسة والحساب، توفي سنة خمسمائة وسبعين هجرية (٥٧٠هـ). انظر في ترجمته:[معجم المؤلفين، لعمر رضا كحالة، ٢٦٧/١٣-٢٦٨؛ الأعلام، للزركلي،٢١٢/٨؛ دراسات إسلامية في الأصول الإباضية، لبكير بن سعيد أعوشت، ط٢، ١٤٠١هـ- ١٩٨١م، ١٣٥].

الإباحة قبل ورود الشرع، وقولنا: قبل ورود الشرع معناها: قبل ورود الحظر والأمر والإباحة"[1]

ومن القواعد المعبَّر بها عن هذا الرأي قاعدة: "**الأفعال قبل الشرع على الإباحة**"[2]، ومعناها: أن الأشياء قبل ورود الشرع مباحةٌ، وأن المكلّف لا يستحق بفعلها ثوابًا ولا بتركها عقابًا.[3]

أدلَّة أصحاب هذا الرأي

استدل أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه من أن للأشياء حكمًا قبل ورود الشرع، هو الإباحة بما يلي: –

١ – **قوله تعالى:** ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾[4].

ووجه الاستدلال: أنّ هذه الآية تقتضي إباحة جميع ما في الأرض، وأن ما كان مباحًا بالعقل قبل ورود السَّمع قد جاء السَّمع بتأكيده؛ ولذلك فإنّ الأشياء على الحل قبل ورود الشرع[5].

٢ – قوله تعالى: ﴿أَعْطَىٰ كُلَّ شَيْءٍ خَلْقَهُ ثُمَّ هَدَىٰ ﴿٥٠﴾﴾[6].

ووجه الاستدلال: أن هذا يدل على الإذن بالانتفاع في جميع الأشياء، وهذا يقتضي أن الأشياء على الإباحة قبل ورود الشرع[7]

---

(١) العدل والإنصاف في معرفة أصول الفقه والاختلاف، ٦٨/١.

(٢) تنقيح الفصول، للقرافي،٩٢

(٣) أصول الجصاص،٩٩/٢

(٤) من الآية ٢٩ من سورة البقرة.

(٥) أصول الجصاص، ٩٩/٢،١٠٤؛ تنقيح الفصول، للقرافي،٩٢

(٦) من الآية ٥٠ من سورة طه.

(٧) تنقيح الفصول، للقرافي، ٩٢.

٣ – قالوا: إن الأشياء خلقها الله تعالى لمصالح الناس ومنافعها، فخلق الأشياء لا يخلو من أربعة معان: إمّا أن يكون الله تعالى خلقها لا لينتفع بها أحد وهذا عبث وسفه والله تعالى منزّه عن ذلك، أو يكون خلقها ليضر بها من غير نفع لأحد وهذا أشنع وأقبح ولا يجوز فعله على الله تعالى، أو أن يكون خلقها لمنافع نفسه، وذلك محال؛ لأن الله سبحانه وتعالى لا تلحقه المنافع ولا المضار، أو يكون الله تعالى خلق الأشياء لمنافع المكلّفين، وهذا غير محال، فثبت أن الأشياء مخلوقة لمنافع المكلّفين، فوجب أن يكون لهم الانتفاع بها على أي وجه يأتي لهم ذلك منها، ما لم يُؤدّ الانتفاع بها إلى ضرر أعظم ممّا يُجتَلب بالفعل من النفع[١].

٤ – قالوا: إنا لمّا وجدنا السماوات والأرض وأنفسنا دلائل على الله تعالى، ولا دلالة فيها على تحريم الانتفاع بهذه الأشياء،لأنها لو كانت دالّة على حظرها لما جاز ورود الشرع بإباحتها، فعلمنا أنه لا دلالة فيها على حظرها، ولو كانت محظورة لما أخلاها من دليل يوجب حظرها وقبح مواقعتها، فدلّ ذلك على أنها مباحة وأنه لا تبعة على فاعليها؛ لأن ما كان على الإنسان من فعله تبعة فغير جائز أن يخليه الله تعالى من إقامة الدليل على أن عليه فيه تبعة لينتهي عنه، وهذا هو حكم العقل، وقد أكّد السّمع هذا المعنى بقوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَىٰهُمْ ﴾الآية[٢]، فأخبر سبحانه أن ما لم يدل على تحريمه فلا تبعة على فاعله[٣].

التعقيب ورأي الباحث:

من خلال ما سبق عرضه لآراء العلماء في حكم الأشياء قبل ورود الشرع وأدلتهم ومناقشتها نستنتج ما يلي:ـ

---

(١) أصول الجصاص، ٢/١٠٠؛ روضة الناظر، لابن قدامه، ١/١١٧؛ المسودة في أصول الفقه،لآل تيميه، ٤٢١.

(٢) من الآية١١٥ من سورة التوبة.

(٣) أصول الجصاص، ٢/١٠١.

١ - أن الرأي الثالث القائل بأن حكم الأشياء قبل ورود الشرع هو الإباحة يشبه في مضمونه رأي الجمهور القائلين: بأنه لا يثبت حكم على العقلاء قبل ورود الشرع، بدليل أن قول الجمهور هذا يترتب عليه عدم العقاب قبل الإنذار، وأن العقاب يستلزم الإنذار؛ ولذلك لا عقاب على فعل لا حكم له[١]، وهذا الذي قالوه يشبه في مضمونه قول القائلين بأن حكم الأشياء قبل ورود الشرع هو الإباحة، وأنه يترتب على هذا أن المكلّف لا يستحق بفعل الشيء ثوابًا ولا بتركه عقابًا إذا لم يرد في حكمه شيء.

٢ - أن عدم المؤاخذة قبل الإنذار هو من رحمة الله بعباده، وفي هذا يقول الشاطبي: "من رحمة الله بعباده عدم المؤاخذة قبل الإنذار، ودلّ على ذلك إخبارة تعالى عن نفسه بقوله: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴿١٥﴾ ﴾[٢]، فجرت عادته في خلقه أنه لا يؤاخذ بالمخالفة إلا بعد إرسال الرسل"[٣].

٣ - أن الله تعالى إذا كان لا يؤاخذ عباده إلاّ بعد إرسال الرسل، فإنّ هذا يفيد أنه لا تبعة على من فعل شيئًا قبل ورود الشرع، لأن نفي التبعية هو في معنى المباح فالمباح هو:" ما لا يستحق المكلّف بفعله ثوابًا ولا بتركه عقابًا"[٤].

٤ - ممًا يؤكد تشابه رأي الجمهور مع الرأي الثالث في قاعدة حكم الأشياء قبل ورود الشرع هو قول الجصّاص: "وأمّا من قال: إني لا أقول إنها مباحة ولا محظورة – لأن الإباحة تقتضي مبيحًا والحظر يقتضي حاظرًا – فإنه إنما منع إطلاق لفظ الإباحة والحظر، ووافق في المعنى حين قال: لا تبعة على فاعلها؛ لأن هذا هو صورة المباح، إذا[٥] لم يستحق بفعله الثواب..."[٦].

---

(١) المحصول، للرازي، ١/١٦٥.

(٢) من الآية ١٥ من سورة الإسراء.

(٣) الموافقات، ٦٩٤

(٤) أصول الجصاص،٢/٩٩.

(٥) لعلها إذ.

(٦) أصول الجصّاص،٢/١٠٣.

٥ – ومما يؤكد مقاربة الرأي الثالث – المتضمن الإباحة للأشياء قبل ورود الشرع – لرأي الجمهور – القائلين فيه بأنه لا يثبت حكم للأفعال قبل الشرع – هو أن المباح" لا تبعة على فاعله من المكلّفين"[١].

٦ – صرّح الجويني بشكل واضح بعدم الاختلاف بين مضمون رأي الجمهور القائل: بأنه لا حكم للأشياء قبل ورود الشرع، وبين مضمون الرأي القائل: بأن الأشياء على الإباحة قبل الشرع، حيث قال:" أما أصحاب الإباحة فلا خلاف – على الحقيقة – بيننا وبينهم فإنهم لم يعنوا بالإباحة ورود خبر عنها وإنما أرادوا استواء الأمرين في الفعل والترك والأمر على ما ذكر"[٢]

ومن خلال هذا كله ومن خلال عرض الآراء وأدلّة القائلين بها يتبين لنا قوة رأي الجمهور القائل: بأنه لا حكم للأشياء قبل الشرع، وهذا هو ما يراه الباحث راجحًا، لما سبق، ولأن هذا الرأي يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية المتضمنة نفي الحرج؛ لأن القول بأنه لا حكم لأفعال العقلاء قبل الشرع يقتضي أنه لا تبعة على المكلّف في فعل المباح، وهذا يفيد نفي الحرج عن المكلّفين في الفعل والترك[٣]؛ ولأن إلزام العباد بحكم ما قبل ورود التشريع فيه حرج ومشقة، والحرج مرفوع، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[٤].

ثانيًا:بعض القواعد المتعلّقة بقاعدة حكم الأشياء قبل ورود الشرع:

لمّا كان الحكم الشرعي هو خطاب الله المتعلق بأفعال المكلّفين فإنّ لتكليف المكلّف – الذي هو المحكوم عليه – [٥] شروط توضحها بعض القواعد، ومنها

---

(١) أصول الجصّاص ، ١٠٤/٢.

(٢) البرهان في أصول الفقه، ١٠٠/١.

(٣) أصول الجصاص،١٠٣/٢،١٠٤

(٤) من الآية ٧٨ من سورة الحج.

(٥) نور الأنوار في شرح المنار، لمولانا حافظ شيخ أحمد المعروف بملاجيون بن أبي سعيد بن عبيد الله الحنفي الصديقي الميهوي، صاحب الشمس البازغة– بهامش كشف الأسرار في شرح

ما يلي: -

١ - "شرط التكليف: العقل وفهم الخطاب"[1]: هذه القاعدة ذكرها العلماء[2] بل نقل الآمدي الاتفاق عليها، حيث قال:" اتفق العقلاء على أن شرط المكلّف أن يكون عاقلاً، فاهمًا للتكليف"[3]، ومعناها واضح وبيّن، فهي تعني: أن أهلية المحكوم عليه، وهو المكلّف، لا تكون بدون العقل[4]، ووجه صلة هذه القاعدة بقاعدة لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع واضح، فالعقل من أعز النعم التي أنعم الله بها على الإنسان، ويمتاز به عن غيره من الحيوان، وهذه النعمة – التي هي العقل – هي مناط التكليف؛ لأن التكليف خطاب وخطاب من لا عقل له ولا فهم له محال، والخطاب لا يُفهم بدون العقل[5]، وهذا ما يفسر اشتراط العقل وفهم الخطاب في المكلّف، فإذا كان خطاب من لا عقل له ولا فهم

المنار، لأبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدّين النسفي، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميّة، بيروت-لبنان، ٢/٤٥٤؛ المستصفى، للغزالي، ١/٨٣.

(١) القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللّحام، ٤٧.

(٢) المنار في أصول الفقه، للنسفي، ٢/٤٥٤،كشف الأسرار، للمؤلف نفسه، ٢/٤٥٩؛نور الأنوار في شرح المنار، لملاجيون،٢/٤٥٤؛ بداية المجتهد ونهاية المقتصد، للقاضي، أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير (بابن رشد الحفيد)، تنقيح وتصحيح: خالد العطّار، بإشراف: مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ط سنة ١٤٢١هـ -٢٠٠١م، ٢/٦٦؛ الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ١/١٥٤؛القواعد والفوائد الأصولية؛لابن اللحام،٤٧؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ١/٧٥، ٧٦

(٣) الإحكام،١/١٠٦، وانظر أيضا في نقل الاتفاق على ذلك: [الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ١/١٤٥؛ إرشاد الفحول، للشوكاني،١/٧٦]

(٤) نور الأنوار في شرح المنار، لملاجيون – بهامش كشف الأسرار – للنسفي،٢/٤٥٤.

(٥) نور الأنوار في شرح المنار، لملاجيون – بهامش كشف الأسرار– للنسفي،٢/٤٥٤؛ الإحكام، للآمدي، ١/١٠٧؛ الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ١/١٥٤؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ١/٧٦

له محالاً، فإنّ هذا يعني نفي الحكم التكليفي في حقه، وهذا يشبه إلى حد ما معنى قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع، التي تقتضي أنه لا مدخل للعقل في الحكم على الأفعال قبل ورود الشرع؛ لأن الحكم عبارة عن خطاب، وقبل الشرع لم يرد خطاب، وحيث لا خطاب فلا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع، فالقاعدتان يربطهما نفي التكليف، إلا أن سببه في قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبلا ورود الشرع هو عدم ورود خطاب من الشارع، بينما سبب نفي التكليف – في قاعدة: شرط التكليف: العقل وفهم الخطاب – هو عدم فهم الخطاب.

٢ – "**يشترط لصحة التكليف أن يكون المكلّف عالمًا بما كلّف به**"[(١)]: هذه القاعدة مشهورة عند العلماء[(٢)]،ويرتبط بها ضرورة إعلام الناس بالأحكام الشرعيّة، ويُعبّر عن ذلك بقاعدة: "**شرط التكليف بالفعل حصول التمكن منه**"[(٣)]،وهذا التمكن يكون بمرور زمن يغلب على الظن أنه كافٍ لإعلام الناس بالأحكام[(٤)]، ومعنى هذه القاعدة: أن تكليف المكلّف بالأحكام الشرعيّة لا بد له من علمه بما كلّفه؛ إذ مقتضى التكليف:

---

(١) القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٩٣

(٢) كشف الأسرار، للنسفي، ٥٢٠/٢؛ التنقيح في أصول الفقه، لصدر الشريعة، ٣٧٧/٢؛ شرح التلويح، للتفتازاني، ٣٧٧/٢؛ شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون، ٥١٩/٢؛ شرح تنقيح الفصول، للقرافي،٧٩؛ إيضاح المسالك، للونشريسي، ٨٣؛ المنثور في القواعد، للزركشي،٢٧٠/١؛ القواعد، للحصني، ٢٨٦/٢؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لأبي الثناء نور الدين، محمود بن أحمد الفيومي الأصل، المعروف بابن خطيب الدهشة، دراسة وتحقيق: د.مصطفى محمود البنجويني، مطبعة الجمهورية، الموصل سنة ١٩٨٤م، ساعدت على طبعه في الجمهورية العراقية: اللجنة الوطنية للاحتفال بمطلع القرن الخامس الهجري،٥٠٣/٢-٥٠٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٤٠٥/١؛ جامعة الفوائد في الضوابط والقواعد، لأبي طاهر السواكني،٣٢؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام،٩٣.

(٣)القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللَحام،٩٣.

(٤)التمهيد، للإسنوي، ٢٠٦؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، دراسة وتحقيق: د. مصطفى محمود البنجويني، من مطبوعات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، إدارة الشئون الإسلامية، دولة قطر، ط٢، ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م، ١٤١/١-١٤٢.

الإتيان بالمأمور به امتثالاً للأمر، وذلك لا يتصوّر إلا إذا علم المكلّف أمره به[1]، ووجه صلة هذه القاعدة بقاعدة لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع يتضح من خلال ارتباط قاعدة: اشتراط علم المكلّف بما كلف به لصحة التكليف، بقاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع، في أن كلاً منهما يتضمن إعذارًا للمكلف بعدم المؤاخذة على الأفعال، فسبب إعذار المكلّف في قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع هو عدم ورود الشرع، بينما سبب إعذار المكلّف في قاعدة: اشتراط علم المكلّف بما كلف به لصحة التكليف هو الجهل بالأحكام وعدم إبلاغها للمكلفين؛ إلا أنّ الإعذار بالجهل يختلف باختلاف الجهل.

أقسام الجهل في إعذار المكلّف:

ينقسم الجهل من حيث كونه عذرًا للمكلف إلى الأقسام التالية:-

١- **جهل يصلح عذرًا في أحكام الدنيا، ولا يصلح عذرًا في الآخرة:** كجهل الكافر بالله تعالى ووحدانيته، فإن جهله لا يصلح عذرًا له في الآخرة، لأنه مكابرة؛ أي ترفع عن الانقياد للحق واتباع الحجة وعناد بعد وضوح الدليل، وإن كان جهله يصلح عذرًا في الدنيا لدفع عذاب القتل، وذلك كالذمي[2]، فإنه لا يقتل إذا قبل عقد الذمة، لكن جهله لا يكون عذرًا له في الآخرة فيعاقب فيها؛ ولذلك يعتبر جهله جهلاً باطلاً لا يصلح عذرًا ولا شبهة[3].

---

(١) الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ١٥٥/١.

(٢) الذمي: نسبة إلى أهل الذمة، وأهل الذمة أو (الذميون) هم "عبارة عمّن يؤدي الجزية، وهؤلاء لهم ذمة مؤبدة، وهؤلاء قد عاهدوا المسلمين على أن يجري عليهم حكم الله ورسوله،إذ هم مقيمون في الدار التي يجري فيها حكم الله ورسوله". انظر:[أحكام أهل الذمة، تأليف: شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن قيّم الجوزية (ت ٧٥١هـ) حقّقه وعلق حواشيه: طه عبد الرءوف سعد، دار الكتب العلميّة، بيروت- لبنان، ط١، ١٤١٥ - ١٩٩٥م، ٣٣٦/١]

(٣) كشف الأسرار، للنسفي، ٥٢٠/٢؛ التنقيح في أصول الفقه، لصدر الشريعة، ٣٧٧/٢؛ شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني، ٣٧٧/٢؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٣٦٢؛ شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون - بهامش كشف الأسرار، - ٥١٩/٢.

٢ – **جهل يصلح عذرًا وشبهة:** وذلك كالجهل الناشئ عن شبهة وخطأ، كمن وطئ أجنبية يظن أنها زوجته فهذا عذر وشبهة يُسقط الحد؛ لأنه موضع للاشتباه[1]، فالجهل في موضع الاشتباه يكون شبهة في درء الحد ويصلح عذرًا[2].

٣ – **جهل يصلح عذرًا:** كجهل مسلم في دار الحرب[3] لم يهاجر إلى دار الإسلام، فإن جهله في دار الحرب يكون عذرًا له في الشرائع حتى أنها لا تلزمه؛ لأن الخطاب خفيٌّ عليه، فيصير الجهل به عذرًا؛ لأنه غير مقصِّر، فجهله بالأحكام من الصلاة والصوم يكون عذرًا له في الترك، حتى لا يجب عليه بعد الهجرة إلى دار الإسلام قضاء مدة اللبث في دار الكفر، لأنه لا بدّ من سماع الخطاب حقيقة أو تقديرًا بشهرته في محله؛ لأن دار الحرب ليست بمحل لشهرة أحكام الإسلام[4]

أثر عدم نشر الأحكام في اعتباره جهلاً يُعذر به المكلَّف

من الجهل الذي يعتبر عذرًا للمكلف: عدم انتشار الخطاب في دار الإسلام، فإذا نزل خطاب ولم يُنشر بعد دار الإسلام فإنه يكون عذرًا، فأما إذا انتشر الخطاب وشاع في دار الإسلام فقد تَمَّ التبليغ عن صاحب الشرع، فمن جهل بعد ذلك فجهله من قِبَل تقصيره لا من قِبَل خفاء الدليل فلا يعذر؛ كمن لا يطلب الماء في العمران ويتيمم وكان الماء موجودًا، فإنه إذا صلَّى لم يجز، وكما في قصة تحويل القبلة، فإنّ

---

(١) المنار وكشف الأسرار، للنسفي، ٢/٥٢٩ – ٥٣١؛ التنقيح في أصول الفقه، لصدر الشريعة، ٢/٣٨٦- ٣٨٧؛ شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني، ٢/٣٨٦- ٣٨٧؛ شرح نور الأنوار على المنار- بهامش كشف الأسرار- لملاجيون، ٢/٥٢٩- ٥٣٠.

(٢) كشف الأسرار، للنسفي، ٢/٥٣١.

(٣) دار الحرب: هي الدّار التي لا تطبق فيها أحكام الإسلام الدينية والسياسية لوجودها خارج نطاق السيادة الإسلامية. انظر [آثار الحرب في الفقه الإسلامي(دراسة مقارنة) د.وهبة الزحيلي، دار الفكر بدمشق،ط٢، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، ١٧٠]

(٤) المنار وكشف الأسرار، للنسفي، ٢/٥٣١-٥٣٢؛ التنقيح في أصول الفقه، لصدر الشريعة، ٢/٣٨٨، شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني، ٢/٣٨٨؛ شرح نور الأنوار على المنار لملاجيون بهامش كشف الأسرار، ٢/٥٣١-٥٣٢؛ الأشباه والنظائر،لابن نجيم،٣٦٢

رجالاً من أصحاب رسول الله ﷺ قد ماتوا على القبلة الأولى، وأناس آخرون جاءت عشائرهم فقالوا: يا رسول الله! توفي إخواننا وهم يصلون إلى القبلة الأولى وقد صرفك الله تعالى إلى قبلة إبراهيم فكيف بإخواننا؟ فأنزل الله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُضِيعَ إِيمَـٰنَكُمْ ﴾(1)، أي صلاتكم إلى بيت المقدس، وكقصة تحريم الخمر، فإنه لمّا نزل تحريم الخمر قال أناس: يا رسول الله! كيف بإخواننا الذين ماتوا وهم يشربون الخمر؟ أي بعد التحريم وقبل بلوغ الخطاب إليهم، فنزل قوله تعالى: ﴿ لَيْسَ عَلَى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّـٰلِحَـٰتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوٓا۟ إِذَا مَا ٱتَّقَوا۟ وَّءَامَنُوا۟ ﴾(2)، وذلك لأنه نزل في قوم شربوا الخمر بعد نزول آية تحريم الخمر وقبل بلوغ الخطاب إليهم، فعذروا(3)، ولكن الإعذار بالجهل ليس على إطلاقه، بل من شرطه أن تكون المشقة فادحة للعلم بالحكم الشرعي، فإن لم تكن فادحة فليست عذرًا للجهل، لأن على من لم يعلم الحكم أن يسأل، وعلى من يعلم أن لا يكتم العلم، وفي هذا يقول الونشريسي – عند مناقشته لانتهاض الجهل عذرًا –:" إنْ وجَبَ العلم ولم يَشُق مشقة فادحة لم يُعذر، وإلاّ فيعذر؛ لأن الله تعالى أمر من يعلم بأن لا يكتم، ومن لا يعلم بأن يسأل"(4).

كما أن الإعذار بالجهل يتعلق بمنشأ الجهل، فقد يكون منشؤه خفاء الحكم الشرعي على المكلّف بسبب دخوله الإسلام حديثًا، وقد يكون منشؤه النشأة في مكان

---

(1) من الآية ١٤٣ من سورة البقرة. انظر:[أسباب النزول؛ لأبي الحسن علي بن أحمد الواحدي النيسابوري–وبهامشه: الناسخ والمنسوخ– تأليف: أبي القاسم هبة الله بن سلامة أبي النصر، طبع عالم الكتب، بيروت، طبعة مصحّحة ومقابلة على عدة نسخ، وذلك بمطبعة هندية بغيط النوبي بمصر، ١٣١٦هـ، ٢٨-٢٩].

(2) من الآية ٩٣ من سورة المائدة وانظر: [أسباب النزول، للواحدي، ١٥٦، ١٥٧].

(3) المنار في أصول الفقه، للنسفي، ٥٣١/٢-٥٣٢؛ كشف الأسرار، للمؤلف نفسه، ٥٣٢/٢؛ التنقيح في أصول الفقه، لصدر الشريعة، ٣٨٨/٢-٣٨٩؛ شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون، ٥٣١/٢-٥٣٢.

(4) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ٨٣

بعيد عن دار الإسلام يتعذر وصول أحكام الإسلام إليها، وقد بين الحصني هذا الأمر بقوله:" الخطأ الناشئ عن الجهل يختلف حكمه بحسب اختلاف متعلق الجهل، فمن جهل تحريم شيء ممّا يشترك فيه غالب الناس، فإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ ببادية بعيدة يخفى فيها مثل ذلك عُذر فيه، وإن لم يكن ممّا يشترك غالب الناس في معرفة تحريمه وكان مثله يخفى عليه عُذر فيه أيضًا وإلاّ لم يعذر، ومتى بات معذورًا في عدم العلم بشيء من ذلك لا يجب عليه الحد ولا التعزير؛ لأنه لم يقدم على مخالفة أمر الله تعالى، ومن علم حرمة شيء وجهل وجوب الحد لم يسقط عنه الحد بذلك الجهل لانتهاكه حرمة الله تعالى"[1].

ومعنى هذا: أن الجهل قد يكون بحرمة الشيء ابتداء، وقد يكون بجهل ما يترتب على الحرمة من أحكام بعد العلم بالحرمة، فالجهل بحرمة الشيء ابتداء لا يكون عذرًا إلاّ في حالات نادرة يُتيقن فيها أو يغلب على الظن فيها خفاء الحكم الشرعي؛ كالنشأة في موضع بعيد عن بلاد المسلمين أو في بريّة يغلب على الظن عدم وصول العلم بالأحكام الشرعيّة إليها[2]، وإلحاقًا بذلك فإنه إذا وقعت بعض أجزاء البلاد الإسلامية تحت احتلال عدو ومنع المسلمين من تعلُم الأحكام الشرعيّة، فإن ذلك يمكن أن يكون عذرًا بجهل التشريع.

وبناءً على ذلك فإن الأشياء التي يشترك غالب الناس في معرفة حرمتها؛ كتحريم الزنى، والسرقة، والقتل، وشرب الخمر، لا تقبل فيها دعوى الجهل بحرمتها ممّن ارتكبها، إلا في حالات نادرة يتيقن فيها أو يغلب على الظن فيها خفاء الحكم الشرعي، كالنشأة في موضع بعيد، أو برية بعيدة عن بلاد المسلمين[3]، أما الجهل بما يترتب على الحرمة من أحكام بعد العلم بالحرمة – كالجهل بأنّ الزنى والسرقة

---

(١) القواعد، ٢/٢٨٦ ومثله قال ابن خطيب الدهشة. انظر: [مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، مطبعة الجمهورية، الموصل، ٢/٥٠٢-٥٠٣]

(٢) القواعد، للحصني، ٢/٢٩٠، ٢٩٢

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٤٢٥

يوجبان الحد بعد العلم بحرمتهما، فإنه لا يكون عذرًا، فمن علم حرمة السرقة ثم سرق وادعى أنه لم يعلم بأن السرقة توجب حد القطع فإن ادعاءه هذا لا يقبل منه ولا يكون عذرًا له في إسقاط العقوبة؛ والقاعدة الضابطة لهذا الأمر هي أنَّ: " كل من علم تحريم شيء وجهل ما يترتب عليه لم يفده ذلك"[١]، أي لا يكون جهله بما يترتب على الحرمة عذرًا[٢]، وأحكام الجهل كعذر تشمل الأعذار في التكليف بالأحكام التكليفية، والأحكام الوضعية[٣].

والخلاصة:

أن الشريعة الإسلامية حين قررت أنه لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع، وحين قررت العقل، وفهم الخطاب، والعلم، كشروط للتكليف، فإنها تكون قد راعت في ذلك كله رفع الحرج عن المكلّف وإعذاره.

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي ، ٤٢٧/١

(٢) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢٧٠/١

(٣) القواعد، للحصني، ٢٦٧/٢.

موقف القانون اليمني من قاعدة لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع والقواعد ذوات الصلة بها

لم يرد في القانون اليمني نصٌ صريحٌ واضحٌ على أنه لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع، إلا أنه يمكن القول: إنه لا يبعد أن يكون موقف القانون اليمني موافقًا لقول الجمهور من أنه لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع، وذلك من خلال عرض بعض النُصوص القانونية الدالة على إعلام الناس بالقوانين، ثم بيان علاقة هذه النُصوص بقاعدة: "**لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع**"، وذلك على النحو التالي: –

أولاً: بعض النُصوص القانونية الدالة على إعلام الناس بالقوانين

إن أي قانون – كما هو معلوم – ينص على العمل به من تاريخ معين، أو من تاريخ نشره، ومن أمثلة تلك النُصُوص في القانون اليمني ما يلي: –

١– نصت المادة رقم (١٣٩٣) من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني على أنه: "يعمل بهذا القرار من تاريخ صدوره وينشر في الجريدة الرسمية".

٢– نصت المادة رقم (٣٥١) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة على أنه: "يعمل بهذا القرار من تاريخ صدوره وينشر في الجريدة الرسمية".

٣– نصت المادة رقم (٥٦٧) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائيَّة على أنه: "يعمل بهذا القرار من تاريخ صدوره وينشر في الجريدة الرسمية"

٤– نصت المادة رقم (٣٢٥) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات على أنه: "يعمل بهذا القرار من تاريخ صدوره وينشر في الجريدة الرسمية".

ثانيًا: علاقة هذه النصوص القانونية بقاعدة لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع

سبق القول بأن هناك علاقة بين قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع، وبين قاعدة: اشتراط العلم في التكليف، من جهة أن القاعدتين يدلان على نفي التعذيب والعقاب حتى يحصل العلم بالتبليغ؛ لأن العلم شرط في التكليف، وفي هذا يقول القرافي:" يَدُلُّ على اشتراط العلم في التكليف قــوله تعالى: ﴿ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴿١٥﴾ ﴾[1]، نَفَى التعذيب حتى يحصل العلم بالتبليغ للسامع، وقــوله تعالى: ﴿ رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ ﴾[2] يَدُلُّ على أنّ الحُجة للخلق من جهة الجهل بعدم التبليغ، وقــوله تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾[3]، والتكليف مع عدم العلم تكليف بغير الوسع"[4]، فإذا كان التعذيب منتف حتى يحصل العلم بالتبليغ فإنه يجب نشر القوانين حتى يعلمها الكافة ليلتزموا بأحكام القانون، وهذا ينطوي عليه معنى قاعدة: لا حكم لفعل العقلاء قبل ورود التشريع، لأن مجرد التشريع وحده دون إبلاغه للكافة يجعل من العسير الالتزام بأحكام القانون.

وقد جرت العادة أن يتم تبليغ القوانين للكافة عن طريق نشرها في الجريدة الرسمية؛ لأنه لو تعددت جهات النشر لادعى بعض المكلّفين عدم العلم بالتشريع، ولذلك يعتبر نشر القوانين في الجريدة الرسمية حجة على المكلّفين، وهذا هو الأصل، ولا يوجد مانع من نشر القوانين في الصحف ووسائل الإعلام وغير ذلك زيادة في الإبلاغ وإفهامها للناس، ومن خلال ذلك يمكن القول: إن النصوص القانونية السابقة تدلّ على اشتراط العلم في التكليف في القانون اليمني كغيره من القوانين، وفي هذا يقول الدكتور/ عوض محمد: "العلم بالقانون شرط للالتزام بأحكامه، وتجدر الإشارة

---

(١) من الآية١٥ من سورة الإسراء

(٢) من الآية١٦٥ من سورة النساء

(٣) من الآية ٢٨٦ من سورة البقرة.

(٤) شرح تنقيح الفصول، ٧٩

إلى أن هذا الرأي ليس جديدا، فقد سبق إليه فقهاء الشريعة من قرون حين جعلوا العلم شرطًا في التكليف"[1]

أمّا موقف القانون اليمني من قواعد حكم الأشياء بعد الشرع إذا لم يرد بشأنها شيء، فهو واضح من خلال ما جاء في المادة رقم (١١) من القانون المدني اليمني من أن: "...الأصل في الأشياء الإباحة، حتى يقوم الدليل على تحريمها..."، فهذا النصّ يدل على أن القانون اليمني أخذ بقاعدة الاستصحاب في حكم الأشياء بعد الشرع إذا لم يرد بشأنها شيء، فالأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها، وسنكتفي هنا بالإشارة إلى هذا؛ لأن الدراسة المفصلة للاستصحاب وقواعده ستأتي لاحقًا.

---

(١) قانون العقوبات (القسم العام)، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، ١٩٨٣م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٤٥٧.

المبحث الثالث

نطاق إعمال قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني وكيفية الإفادة منها في هذا المجال

أولاً: نطاق إعمال قاعدة: "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع" في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني.

لمّا كانت قاعدة: "**لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع**"، وقاعدة: "**يشترط لصحة التكليف أن يكون المكلّف عالمًا بما كلّف به**" تقتضيان نفي المؤاخذة قبل صدور تشريع يبيّن أن الشيء الذي يأتيه المكلّف مستحق للمؤاخذة؛ لأنه لا مؤاخذة قبل الإنذار وقبل إعلام الناس بالتشريع، فإنه يترتب على هاتين القاعدتين أنه لا يؤاخذ الشخص بأي إجراء ضده ما لم يسبق ذلك خطاب مشتمل على الإنذار باتّخاذ ذلك الإجراء عند مخالفة ما ورد في الخطاب.

وبما أن قاعدة: "**لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع**" تتجه في الأصل نحو عدم العقاب والمؤاخذة على أفعال المكلّفين فيما لم يرد تشريع فيه، فإنّ نطاق تطبيق هذه القاعدة في مجال الأحوال الشخصيَّة يكاد يكون نادرًا جدًا ومحصورًا في بعض الإجراءات، لأنّ المؤاخذة على الأفعال والعقاب عليها موضوعها قانون الجرائم والعقوبات.

ومن الأمثلة التطبيقية النادرة لإعمال قاعدة: "**لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع**" في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني ما يلي: ـــ

١ – لا أثر لعدم توثيق عقد النكاح في الحكم ببطلانه

نصَّت المادة رقم (١٤) من قانون الأحوال الشخصيَّة ـــ المعدّلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة ـــ على أنّ: "على من يتولّى صيغة العقد، وعلى الزوج، وعلى وليّ الزوجة، أن يقيّدوا وثيقة عقد الزواج

لدى الجهة المختصة في السّجل المعدّ لذلك خلال شهر، وإذا قام واحد ممن تقدم ذكرهم بقيد الوثيقة كفى عن الآخرين، على أنْ تتضمن وثيقة عقد الزواج المعلومات اللازمة، مثل: سنّ الزوجين، وأرقام بطاقات الهويّة إن وُجدت، ومقدار المهر المعجّل منه والمؤجل".

وبتطبيق هذا النّصّ على قاعدة: "**لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع**"، وما تقتضيه من عدم المؤاخذة بدون تشريع، يمكن القول: إن قانون الأحوال الشخصيَّة لمّا لم يرد فيه تشريع بمؤاخذة الزوجين ومجازاتهما بإبطال عقد النكاح عند عدم توثيقه فإنّ هذا يقتضي عدم مؤاخذتهما ومجازاتهما بإبطال عقد النكاح إذا لم يقوما – أو أحدهما، أو من شملهم النّصّ القانوني – بتوثيق عقد النكاح، ولذلك لا تملك أية جهة، ولو حتى القضاء أن يعاقب على عدم توثيق عقد النكاح ببطلانه.

٢ – لا حكم بالنفقة على الغائب غير المنفق على زوجته بمجرد طلبها، ما لم يتم إعلامه

نصّت الفقرة الأولى من المادة رقم (٥٢) من قانون الأحوال الشخصيّة اليمني وتعديلاته ــ المشار إليه آنفًا ــ على أنّ: "لزوجة الغائب في مكان مجهول أو خارج الوطن فسخ عقد نكاحها بعد انقضاء سنة واحدة لغير المنفق، وبعد سنتين للمنفق، على أن تنْصب المحكمة الأقرب فالأقرب ليتمكن من إعلان الغائب في محل معلوم في ظرف شهر بأي وسيلة".

وبتطبيق هذا النّصّ على ما تقتضيه قاعدة: "**لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع**" من أنه لا مؤاخذة قبل الإعلام والإنذار، فإنه يمكن القول: إنّ الغائب لمّا كان مكانه مجهولاً في الأغلب، أو يكون خارج الوطن فإنّ هذه الغيبة تعني أنه لا يؤاخذ بأي إجراء ما لم يتم إعلانه بذلك، وبناءً عليه فإن زوجة الغائب إذا تقدمت بطلب فسخ نكاحها منه لعدم الإنفاق فإنّ طلبها هذا لا يؤخذ بمجرده، بل لابد من إعلام الزوج بذلك، فللقاضي أن يبلغ الأقرب فالأقرب للغائب بإعلامه بطلب زوجته فسخ نكاحها منه لعدم إنفاقه، وعلى القاضي أن يمنحهم فرصة معقولة لإبلاغه، وهي مدة شهر.

وبناءً عليه فإنّ القاضي إذا اتّخذ أي إجراء في هذه الدعوى فإنه يكون قد اتخذه بعد الإبلاغ والإعلام والإنذار.

ثانيًا: كيفية الإفادة من قاعدة: "لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشّرع" في قانون الأحوال الشخصيّة

من خلال ما سبق عرضه لنطاق إعمال قاعدة: **"لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع"** يتضح أنّ قاضي الأحوال الشخصيّة يمكنه الإفادة من هذه القاعدة في أنه لا يتخذ أي إجراء يترتب عليه إلغاء العقود لمجرد عدم توثيقها، وذلك كعقد النكاح، حيث لا يجوز للقاضي إبطاله لمجرد عدم توثيقه؛ لأنه لم يأت تشريع بذلك، كما أنّ إلغاء عقد النكاح لمجرد عدم توثيقه يترتب عليه إضرار بالزوجين؛ لما قد يترتب عليه من الفرقة بينهما.

كما أن له أن يفيد من هذه القاعدة في استخدام كلّ الوسائل الممكنة والمتاحة لإعلام المدعى عليه بالدعوى المقدمة ضده من المدعي، وموضوعها، وله مجال واسع في ذلك؛ فله أن يتوسل بأقارب المدعى عليه لإبلاغه بالدعوى، وله أن يستخدم الصحف المشهورة، وهذا في إطار الممكن المتاح؛ حتى لا يحتج المدعى عليه باتّخاذ أي إجراء قضائي ضده دون إعلامه بالدعوى.

وبناء على ذلك فإنه يمكن إقرار القاعدة القانونية التالية، وهي: **"لا حكم قضائيًا إلاّ بعد إعلام المدعى عليه بالدعوى"**.

المبحث الرابع

تطبيق قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع في شرعية الإجراءات الجزائيَّة في القانون اليمني

إذا كان قانون الإجراءات الجزائيَّة يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تباشرها السلطات العامَّة بسبب جريمة ارتكبت بهدف تحديد المسئول عنها وإنزال العقوبة، فإن هذه القواعد تحدد الإجراءات التي تتخذ من لحظة ارتكاب الجريمة وحتى صدور الحكم البات فيها، وتطبيق العقوبة على مرتكبها إذا كان الحكم قاضيًا بالإدانة[1]، إلاّ أنه لابد لهذه الإجراءات من أن تكون شرعية، وهذا يتطلب معرفة معنى الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة والنُّصوص الدّالة على ذلك في الدستور اليمني وفي قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، وبيان دلالات تلك النُّصوص على مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة، وعلاقة مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة بقاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع، وذلك كما يلي: -

أولاً: معنى مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة

مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة معناه: "أن يكون توقيع العقوبة بناءً على حكم قضائي"[2]، أي أنه لا عقوبة دون حكم قضائي صادر من محكمة مختصة وفقًا للقانون[3]، ولا عقوبة بمجرد ارتكاب الفعل الذي تقوم به الجريمة، فلابُدَّ من حكم قضائي نهائي يكون هو السبيل الوحيد لتطبيق الجزاء الجنائي، وهو المعنى الذي يطلق عليه:

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، القسم الأول: الدعاوى الناشئة عن الجريمة، د. مطهر علي أنقع، ط٢، ١٤٢٧ هـ ــ ٢٠٠٦م مكتبة مركز الصادق، صنعاء – اليمن، ٤، ٥.

(٢) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، الناشر: دار النهضة العربية، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٩٢م، ٢٢.

(٣) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ٢٢؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني د.محمد محمد شجاع،ط٢، ٢٠٠٤-٢٠٠٥م منشورات:مركز الصادق،صنعاء، ١١.

"قضائية الجزاء الجنائي"[1] الذي يشمل مجالات الإجراءات الجزائيّة، بحيث يكون الحكم القضائي هو السند القانوني الذي يعتدّ به[2].

ثانيًا: النُّصوص الدستورية والقانونية الدَّالة على مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة

يعتبر مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة من المبادئ المقررة في الدساتير الحديثة والقوانين الجنائيَّة[3]، كونه يقرر ضمانًا هامًا للحريات وحقوق الأفراد، إذ يحميها من استبداد بعض سلطات الدولة[4]، وقد ورد النَّصّ على مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة في الدستور اليمني، وفي قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، وإليك تلك النُّصوص: —

١ — النَّصّ على الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة في الدستور اليمني

تقرر مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة في الدستور اليمني "دستور الجمهورية اليمنية"[5] في المادة رقم (٤٧) منه التي جاء فيها:"كل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات".

٢ — النَّصّ على الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني

أ — نصَّت المادة الثالثة من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائيَّة على مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة بقولها:"لا يجوز إحضار

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني د. محمد محمد شجاع، ١١.

(٢) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني،٢٢

(٣) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الأول: الدعاوى الناشئة عن الجريمة، د. مطهر علي أنقع،٤٠

(٤) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني،٢٢

(٥) دستور الجمهورية اليمنية، وزارة الشئون القانونية، إبريل، ٢٠٠١م، طبع بمطابع التوجيه المعنوي.

شخص للمساءلة الجزائيّة إلا عما ارتكبه هو من افعال يعاقب عليها القانون".

ب – نصتَّ المادة الرابعة من نفس القانون على أنه:"لا يقضى بالعقاب إلا بعد محاكمة تجري وفق أحكام هذا القانون وتصان فيها حرية الدفاع"

دلالة هذه النُصوص على مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة

هذه النُصوص توضح بجلاء أن الإجراءات الجزائيّة التي تتخذ من لحظة ارتكاب الجريمة وحتى صدور الحكم البات فيها وتطبيق العقوبة على مرتكب الجريمة – إذا كان الحكم قاضيًا بالإدانة – يجب أن تكون قانونية؛ لأنها تنطوي في أغلبها على القهر والقسر إزاء المتهم، ولأن أغلب الإجراءات الجزائيّة قد تُتّخذ إزاء أشخاص لم تثبت بعد إدانتهم، بل قد تتقرر براءتهم بعد اتّخاذ الإجراءات، لذلك كان في مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيّة حماية للمتهم، وذلك بتحديد القانون لتلك الإجراءات [1].

ثالثًا: علاقة مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة بقاعدة لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع

لَمّا كانت قاعدة: "**لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع**" تتضمن أنه لا يؤاخذ أحد بفعل شيء قبل ورود التشريع، ولَمّا كان مبدأ الشرعيَّة الإجرائية يتضمن عدم مؤاخذة أحد بفعل شيء قبل صدور حكم قضائي بات، فإن العلاقة بين قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع، وبين مبدأ الشرعيَّة الإجرائية واضحة تتمثل في عدم العقاب قبل ورود الشرع، وقبل ورود حكم قضائي بات، وقبل ورود تشريع يحدد الإجراءات التي تتبع من لحظة ارتكاب الجريمة إلى لحظة الحكم بالعقوبة أو البراءة، فهذه الإجراءات يجب أن تكون محددة، لكي يعرفها القضاة والخصوم، ليذعنوا لها ولينفذوها كلّ فيما يخصه؛ لأن الإجراءات الجزائيَّة تتضمن في أغلبها

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الأول: الدعاوى الناشئة عن الجريمة، د. مطهر علي أنقع، ٤١

معنى القهر والإجبار، فكان من المناسب تحديد الإجراءات الجزائيَّة في القانون دفعًا لضرر القهر والإجبار.

والشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة لا تقتصر على مجرد تقرير الإجراءات في القانون، بل تتطلب أيضًا أن يحدد القانون في وضوح الشروط المتطلبة لاتّخاذ الإجراءات، وتحديد السلطات المنوط بها تلك الإجراءات الجزائيَّة، حتى لا يقبض على شخص أو تمس حريته بطريقة تحكمية[1].

ولكن إذا كان مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة يتضمن حماية للأفراد من استبداد بعض سلطات الدولة، فكيف يمكن للقاضي أن يفيد من قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع في تطبيق مبدأ الشرعيَّة الجزائيَّة؟ هذا السؤال هو ما سيجيب عنه المبحث التالي.

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الأول: الدعاوى الناشئة عن الجريمة، د. مطهر علي أنقع ، ٤١،٤٢.

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع في تطبيق مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة

لمّا كان الحكم القضائي هو الذي يعتد به لتوقيع العقوبة لا مجرد ارتكاب الفعل الذي تقوم به الجريمة فإنه لا بد من إجراءات جزائية لكشف الحقيقة، وهذه الإجراءات تتخذ في ظروف متنوعة، وهو ما يعني أنه لا بد من اتّخاذ الأسلوب الملائم والمجدي في كشف الحقيقة قبل صدور الحكم القضائي(١)؛ لذلك فإن من سبل أوجه الإفادة في تطبيق مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة ما يلي: –

أولا: أنّ مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة يفيد في كيفية الحصول على الدليل

ومعنى هذا: أنَّ القاضي باعتباره من يصدر الحكم القضائي في الجرائم يجب عليه أن يلجأ للبحث عن الأدلَّة بطرق مشروعة، وتطبيقًا لذلك لا يجوز له الاعتماد على دليل تم البحث عنه بطرق غير مشروعة؛ كالإكراه، ولا يقتصر هذا على القاضي فحسب، بل إنه التزام يفرضه القانون على أطراف الدعوى حين يقدمون الدليل إلى القاضي(٢)، وقد نص القانون اليمني على هذا الأمر في المادة السادسة من قانون الإجراءات الجزائيَّة بقولها: "يحظر تعذيب المتهم، أو معاملته بطريقة غير إنسانية، أو إيذائه بدنيًا أو معنويًا؛ لقسره على الاعتراف، وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود تحت وطأة شيء ممَّا ذكر يُهدَر ولا يعول عليه"؛ ولذلك يجب أن تكون الوسيلة العلميَّة – كالبصمات – مشروعة إذا ما استعين بها في الحصول على الدليل، أما الوسائل التي لا يجوز استخدامها فإنه لا

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الأول: الدعاوى الناشئة عن الجريمة، د. مطهر علي أنقع، ٤٢.

(٢) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر علي أنقع، ١١٣.

يجوز الاعتماد عليها، كالاعتماد على تقليد صوت الغير في محادثة هاتفية، فهذه وسيلة غير مشروعة قانونًا[1]

ثانيًا: أنّ مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة يفيد في كيفية معاملة المتهم

لمّا كانت الإجراءات الجزائيَّة تتخذ في مواجهة الشخص المتهم فإنه لا بد من معاملة المتهم على أساس أنه بريء؛ لأن احتمال براءته قائم[2]، ولذلك نصَّت المادة الرابعة من نفس القانون على أن: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته..."؛ ولذلك فإن حريته ينبغي أن تظل مُصانة قبل ثبوت إدانته.

ثالثًا: أنّ مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة يفيد في محاكمة المتهم محاكمة عادلة

نصت المادة الرابعة من نفس القانون على أن: "المتهم بريء حتى تثبت إدانته... ولا يقضى بالعقاب إلاّ بعد محاكمة تجري وفق أحكام هذا القانون وتصان فيه حرية الدفاع"، فهذا النَّصّ يقرر المبدأ العام، وهو أنه لا عقوبة إلا بعد محاكمة، وهذا ينطوي في ذاته على أنه لا عقوبة بغير حكم، ولا حكم بغير دعوى[3].

رابعًا: أنّ مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة يفيد في القضاء بالعقوبة بناء على محاكمة عادلة ومن محكمة مختصة.

العقوبات فيها إضرار بمن يُصدَرُ الحكم ضده، ولذلك فإنه لا عبرة بعقوبة تصدر من أية جهة غير القضاء وفق محاكمة عادلة؛ وهذا منصوص عليه في المادة الرابعة المذكورة آنفًا من قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني.

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر علي أنقع، ١١٣.
(٢) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الأول: الدعاوى الناشئة عن الجريمة، د. مطهر علي أنقع، ٤٢
(٣) السابق، ٤٠.

والمحاكمة العادلة تندرج تحت مبدأ: "قضائية العقوبة"[1]، وهذا المبدأ يندرج تحته: أنه ليس للمجني عليه أن يعاقب الجاني بنفسه، وأنه ليس للدولة أن تلجأ إلى تنفيذ العقوبة على الجاني مباشرة دون أن تسعى لاستصدار حكم قضائي بات، وأن العقوبة لا تتقرر إلا من خلال دعوى جنائية، يكون الفصل فيها بحكم قضائي، وأن الحكم القضائي لا بد أن يكون صادرًا من محكمة مختصة[2]، فهذه الأمور كلها تؤكد قضائية العقوبة؛ لأن القاضي في المجتمعات الحديثة – كما يقول الدكتور/ محمود نجيب حسني –: "هو الشخص الوحيد الذي يوثق في حرصه على الحريات والعدالة وابتعاده عن الأهواء السياسية والتحكم الإداري، وتفسّر هذه الثقة بأمور ثلاثة: العلم بالقانون، والخبرة بالعمل القضائي، والاستقلال الذي ترتبط به النزاهة"[3]، ولهذا فإن مبدأ قضائية العقوبة يستلزم اختصاص المحكمة بإصدار الحكم القضائي، وتحديد ذلك الاختصاص؛ لأن تولي المحاكمة من قبل القضاء يعد ضمانًا جوهريًا لحفظ الحقوق.

وتحديد الاختصاص القضائي أمر متفق عليه بين الفقهاء[4]، حيث قالوا:

---

(١) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٢؛ الأحكام العامة وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر صالح العبيدي، مكتبة مركز الصادق، صنعاء،ط٣، ٢٠٠٥-٢٠٠٦م،٢١

(٢) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٢؛ الأحكام العامة وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر صالح العبيدي ص٢١.

(٣) الدستور والقانون الجنائي، ٢٣، ١٢٤

(٤) انظر من مصنفات الحنفية: [الفواكه البدرية في البحث عن أطراف القضايا الحكمية، لمحمد بن محمد بن محمد بن خليل بدر الدين المعرف بابن الغرس المصري الحنفي، مطبوع بمتن المجاني الزهرية على الفواكه البدرية، مطبعة النيل، مصر، ٧٥؛ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، لزين الدين بن نجيم الحنفي، وبهامشه: الحواشي المسماة بمنحة الخالق على البحر الرائق، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت- لبنان، ط٢، ٦/٢٨٢]. وانظر من مصنفات المالكية: [تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، للقاضي برهان الدين بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي المدني، (٧١٩هـ – ٧٩٩هـ) راجعه وقدم له:

إنه يجوز أن تُسند ولاية القضاء إلى القاضي ولاية عامة تشمل جميع الأماكن في البلد، وفي جميع الأزمان، وبين جميع الأشخاص، وفي جميع القضايا، كما تجوز أن تكون ولاية القضاء خاصة بمكان دون غيره، أو بزمان دون سواه، أو بقوم دون غيرهم، أو بنوع من القضايا دون غيرها.

خامسًا: أنّ مبدأ الشرعيَّة الإجرائية الجزائيَّة يفيد في تنفيذ العقوبات بالطرق المنصوص عليها قانونًا ودون تعسف

نصت المادة (٤٦٩) من قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني على عدم تنفيذ

طه عبد الرءوف سعد، مكتبة الكليّات الأزهرية، القاهرة، ٢٠/١؛ بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، تأليف: أحمد بن محمد الصاوي المالكي، على الشرح الصغير، للقطب الشهير أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الموجود بالهامش، ملتزم الطبع والنشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط سنة ١٣٧٢هـ - ١٩٥٢م، ٣٤٧/٢]. وانظر من مصنفات الشافعية: [الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ﷺ وهو شرح مختصر المزني، تصنيف: أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري. تحقيق وتعليق: علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلميَّة، بيروت-لبنان، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ١٣/١٦، ١٤]. وانظر من مصنفات الحنابلة:[الأحكام السلطانية، للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفراء، الحنبلي(ت ٤٥٨هـ) صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلميَّة بيروت-لبنان، ١٤٠٣هـ- ١٩٨٣م، ٨٦؛ كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن إدريس البهوتي، إعداد: مركز البحوث والدراسات بمكتبة نزار مصطفى الباز، تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد، الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة العربية السعودية، ط٣، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ٣١٩٠/٩]. وانظر من مصنفات الزيدية: [البحر الزخار، لابن المرتضى، ١٢١/٥، ١٢٣]. وانظر من مصنفات الإمامية: [شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري، للمحقق الحلّي، جعفر بن الحسن بن أبي زكريا بن سعيد الهذلي، بإشراف لجنة إحياء الذخائر في دار مكتبة الحياة، منشورات: دار مكتبة الحياة، بيروت- لبنان، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، ٢٠٦/٢]. وانظر من مصنفات الإباضية: [شرح كتاب النيل وشفاء العليل، تأليف: محمد بن يوسف أطفيش- بهامش كتاب النيل وشفاء العليل- لضياء الدين عبد العزيز الثميني (ت ١٢٢٣هـ)، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، ط٣، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، ٢٣/١٣، ٢٤].

العقوبات لأية جريمة إلا بحكم قضائي نهائي بقولها: "لا يجوز تنفيذ العقوبات والتدابير المقررة بالقانون لأية جريمة إلا بمقتضى حكم قضائي نهائي واجب التنفيذ، صادر من محكمة مختصة"، فهذا النصّ واضح في أن شرعية تنفيذ العقوبات لا يكون إلا بمقتضى حكم قضائي نهائي.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني قد ضمن للمحكوم عليه الحفاظ على حريته الشخصيّة، وذلك بتحديد القانون بنفسه لأساليب تنفيذ العقوبة حتى لا يلحق المحكوم عليه تعسفًا أثناء التنفيذ، حيث حدّد إجراءات التنفيذ تحديدًا واضحًا، ومن أمثلة ذلك على سبيل المثال لا الحصر: أن تنفيذ عقوبة الإعدام يجب أن تتم بدون تمثيل أو تعذيب، وأن حدود الحرابة يتم تنفيذها وفقًا لنص الحكم القضائي، وهذا ما نصّت عليه المادة رقم (٤٨٥) من نفس القانون بقولها:" تنفذ عقوبة الإعدام بقطع رقبة المحكوم عليه بالسيف أو رميًا بالرصاص حتى الموت، بدون تمثيل أو تعذيب وفي حدود الحرابة يتم التنفيذ حسبما يُنصّ عليه الحكم"

ومن خلال هذا يتضح أن قواعد الشرعيّة الإجرائية الجزائيّة تتضمن نفي المؤاخذة والعقاب قبل صدور الحكم القضائي البات، وهذا يماثل ما تتضمنه قاعدة: "**لا حكم للأفعال قبل ورود الشرع**" من أنه لا عقاب ولا مؤاخذة على الأفعال قبل ورود الشرع، فبين هذه القاعدة وبين الشرعيّة الإجرائية صلة وثيقة.

والشرعيّة الإجرائية الجزائيّة تكملها الشرعيّة الإجرائية الموضوعية، التي نتناولها في المبحث التالي:

المبحث السادس

تطبيق قاعدة لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع في شرعية الجرائم والعقوبات في القانون اليمني

من المعلوم أن العقوبات الشرعيّة أدوات فعّالة في القضاء على الجريمة أو في التقليل منها ووسائل نافعة في نشر الأمن والسلام واستئصال نزعة الإجرام، ومما لا شك فيه أيضًا أن تجريم بعض الأفعال ومعرفة نوع عقوبتها لتقريرها قانونًا منشورًا متداولاً يعد حاجزًا قويًا مانعًا من الإجرام والتفكير بالجريمة والتخطيط لها؛ نظرًا لما يمثله العقاب من الإيلام والزجر، إلا أن الحكم بتجريم الأفعال والمعاقبة عليها يسبقه معرفة الأفعال المجرّمة والعقاب عليها، فالحكم القضائي الذي يعتد به في توقيع العقوبة لابد أن يكون مستندًا إلى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، كما هو الحال في استناده إلى مبدأ شرعيّة الإجراءات الجزائيّة، فالشرعيّة الجنائيّة لا تنحصر في مبدأ شرعية الإجراءات الجزائيّة، بل تشمل أيضًا الشرعيّة في مجال الجريمة والعقاب[1]؛ فكان لا بد من معرفة معنى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، والنصوص التشريعيّة الدالة على هذا المبدأ في الدستور اليمني وفي قانون الجرائم والعقوبات اليمني، ودلالاتها، وعلاقة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بقاعدة لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع؛ وذلك كما يلي: -

أولاً: معنى مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من المبادئ التي تَنُصّ عليها الدساتير والقوانين والشراح، بصياغات متباينة تدور جميعها حول مضمون واحد، هو ألا تجريم ولا جزاء جنائيًا إلا استنادا إلى نص تشريعي، فيطلق على شرعية الجرائم

(١) الشرعيّة الجنائيّة كضمان لحماية الحرية الفردية(دراسة في التشريع الأردني) د.نظام توفيق المجالي، بحث منشور في مجلة الحقوق، بجامعة الكويت، السنة(٢٢)، العدد الرابع، رمضان، ١٤١٩هـ - ديسمبر، ١٩٩٨م، ١٨٤

والعقوبات: "مبدأ الشرعيّة الجنائيّة"[1]، و "المشروعية"[2]، أي الجنائيّة، و"مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات"[3]، و"مبـدأ التجـريم والعقـاب"[4]، و "**لا جريمـة ولا عقوبـة إلا بنص**"[5]، و "**لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون**"[6]، وغير ذلك من المسمّيات التـي يجمعها معنى واحد، هو مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، الذي يقـصد بـه: "تحديـد الأفعال التي تُعَدّ جرائم، وبيان أركانها، وتحديد العقوبات المقررة لها، سواء من حيث نوعها أو مقدارها"[7]، وهذا المعنى يشمل النُصوص القانونية التي يضعها المـشرع، ويشمل تطبيق القاضي لتلك النُصوص، وبناءً على هذا فإن معنى شـرعية التجـريم

---

(١) أفرد كثير من الباحثين هذا المبدأ بكتب مستقلة، وأبحاث متخصصة، وذلك لأهميته في الدراسات القانونية، وفي التطبيق السليم لنصوص قانون الجرائم والعقوبات. انظر على سبيل المثال: [كتاب "مبدأ الشرعيّة الجنائيّة، دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي"، د. عصام عفيفي حسيني عبد البصير، دار النهضة العربية، القاهرة؛ وانظر البحث الذي أعده الباحث: حمدي رجب عبد الغني حسن، لنيل درجة الماجستير في الفقه الجنائي المقارن بالقوانين الوضعية، من كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، سنة١٣٩٨هـ-١٩٧٨م، حيث كان عنوان البحث: "لا جريمة إلا بقانون ولا عقوبة إلا بنص" وهو في سجل الماجستير بمكتبة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، برقم ٢١٨٧ وانظر-أيضًا-في هذه التسمية: السياسة الجنائيّة في الشريعة الإسلامية، د.أحمد فتحي بهنسي، دار الشروق، القاهرة، و بيروت،ط١، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م، ط٢، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م، ٣٤٢؛ القاعدة الجنائيّة على بياض، د. عصام عفيفي حُسيني عبد البصير، ط١، ٢٠٠٢- ٢٠٠٣م، مسجل بمكتبة كلية الحقوق، جامعة عين شمس، برقم ٣٨٣٧٠/٣٤٥/ع.ع].

(٢) المبادئ العامّة للتشريع الجنائي الإسلامي، د. محمد رائف النعيم،١٥.

(٣) الدستور والقانون الجنائي د. محمود نجيب حسني، ١١؛ مبدأ الشرعيّة الجنائيّة، د. عصام عفيفي، ٥؛لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، رسالة ماجستير للباحث: حمدي رجب عبد الغني، ٣١ (سبق ذكر بياناتها)؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد شجاع، ٢٢٠

(٤) المبادئ العامّة للتشريع الجنائي الإسلامي، د. محمد رائف النعيم،١٥

(٥) لا جريمة إلاّ بقانون ولا عقوبة إلاّ بنص، رسالة ماجستير، للباحث: حمدي رجب عبد الغني،٣١.

(٦) مبدأ الشريعة الجنائيّة، د. عصام عفيفي،٥.

(٧) الدستور والقانون الجنائي، د.محمود نجيب حسني،١١

والعقاب في التقنين: "أن على المشرّع أن يحدّد سلفًا ما يعتبر من الأفعال الصادرة عن الإنسان جريمة، فيحدد لكل جريمة أنموذجها القانوني، كما يحدد لكل جريمة عقوبتها"[1].

ومعنى شرعية التجريم والعقاب في التطبيق القضائي: "أنه لا يصح إسباغ وصف الجريمة على فعل ولا عقاب على فاعله إلا بناءً على نص في القانون يثبت الوصف ويقرر العقاب، ومقتضاه أيضًا: أنه لا يجوز للقاضي أن يعدو العقوبة المقررة ويعاقب الجاني بغيرها أيًا ما كانت المبررات"[2].

ومن خلال هذا كله يظهر أن شرعية التجريم والعقاب تشتمل على عنصرين هما: شرعية التجريم، وشرعية العقاب، فشرعية التجريم معناها:"الوصف الذي يطلقه قانون العقوبات على كل مخالفة للتكليف الذي يؤمر به الأشخاص الخاضعين لهذا القانون، فكل نشاط يقع خلافًا لهذا التكليف القانوني يطلق عليه وصف التجريم"[3]، وأما شرعية العقاب فمعناها: "الجزاء الذي يرتّبه القانون بسبب وقوع الجريمة"[4].

ثانيًا: النّصوص التشريعيّة الدّالة على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في الدستور وفي القانون اليمني

يعتبر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من المبادئ المقررة في كلّ من: الدستور اليمني، وقانون الجرائم والعقوبات اليمني، كما هو الشأن في الدساتير والقوانين الجنائيّة، باعتباره من الدعائم الأساسية التي تقوم عليها القوانين الجنائيّة، لما يمثله هذا المبدأ من ضمانة أساسية لحرية الأفراد، فهو يتضمن المبادئ التي تكفل

---

(١) مبدأ الشرعيّة الجنائيّة، د. عصام عفيفي،٥.

(٢) قانون العقوبات، القسم العام، د.عوض محمد، ٦.

(٣) القاعدة الجنائيّة على بياض، د. عصام عفيفي،٢١.

(٤) السابق، نفس الصفحة.

احترام حقوق الإنسان وإقامة التوازن بين تلك الحقوق وبين المصلحة العامّة[1]؛ ولذلك تقرر هذا المبدأ في الدساتير، فارتفعت به إلى مرتبة المبادئ الدستورية[2]، وإليك النصان الدالان على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في الدستور وقانون الجرائم والعقوبات اليمنيين.

١ – النّصّ الدّال على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في الدستور اليمني

تَقَرَّرَ مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في دستور الجمهورية اليمنية في المادة رقم (٤٧) منه، التي تَنُصُّ على أنه: "...لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو قانوني..."

٢ – النّصّ الدّال على شرعية الجرائم والعقوبات في قانون الجرائم والعقوبات اليمني

أفرد قانون الجرائم والعقوبات اليمني الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م عنوانًا خاصًا في الكتاب الأول منه هو" مبدأ الشرعيّة"، وذكر تحته مادة واحدة هي المادة الثانية التي نصّت على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بقولها:"...لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون".

دلالة هذين النصين على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات

لا يختلف مدلول مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات عند فقهاء القانون اليمني عن مدلوله عند غيرهم، والنصان المذكوران يدلان دلالة واضحة على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص[3]، إلا أن نص الدستور قد جعل التجريم والعقاب مستندًا إلى

---

(١) قانون العقوبات، القسم العام، د.عوض محمد، ٦؛ مبدأ الشرعيّة الجنائيّة، د. عصام عفيفي، ١٠، ٦؛ حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال، د. محمد راجح نجاد، دار المنار، ٢٠٠٥م؛ ١٣٨

(٢) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ٤

(٣) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٩٣؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد شجاع، ٢٢، قانون الجرائم

نصٌ شرعي أو قانوني، بينما نص قانون الجرائم والعقوبات جَعَلَ التجريم والعقاب مستندًا إلى نص قانوني، باعتبار أن هذا القانون هو الذي وضَّح الأفعال التي تعد جرائم وبَيَّنَ عقوباتها، وهذا القانون هو الذي قررته السلطة التشريعيَّة، ولذلك فإن النصّ الدستوري كان أشمل في استناد التجريم والعقاب إلى نص تشريعيّ أو قانوني، وهذا الشمول معناه: أن العقوبة تعتبر شرعية "إذا كانت تستند إلى مصدر من مصادر الشريعة، كأن يكون مردها القرآن أو السنة أو الإجماع، أو صدر بها قانون من الهيئة المختصة، ويشترط في العقوبات التي يقررها أولو الأمر أن لا تكون منافية لنصوص الشريعة وإلا كانت باطلة"[1]، وأحكام القانون اليمني منبثقة من الشريعة الإسلامية التي هي مصدر تلك الأحكام جميعًا[2].

ثالثًا: علاقة مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات بقاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع.

لَمّا كان مضمون مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أنه لا يصح إسباغ وصف الجريمة على فعل من الأفعال وأنه لا عقاب على فاعله إلا بناء على نص في القانون، فإنّ مؤدى هذا أنه لا يمكن وصف أفعال المكلّف وأقواله بأنها جريمة مادام لم يرد تشريع بحكمها، وهذا المعنى هو مضمون قاعدة: لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع أيضًا، فهذه القاعدة – كما سبق – تقتضي أن أفعال المكلّف وأقواله المسئول عنها لا يمكن وصفها بأنها محرمة مادام لم يرد حكم بتحريمها، لأن الحكم

والعقوبات اليمني، القسم العام، جـ٢: العقوبات، د. طاهر صالح العبيدي، مكتبة مركز الصادق، صنعاء، الجمهورية اليمنية،ط١، ٢٠٠٥-٢٠٠٦م، ١٣

(١) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، الأستاذ المرحوم: عبد القادر عودة، مؤسسة الرّسالة للطباعة والنشر والتوزيع،بيروت-لبنان،ط١٤، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م، ٦٢٩/١

(٢) الوجيز في مدخل القانون، د.محمد بن حسين الشامي،١١٨؛شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي،٩١. وانظر المادة الثالثة من دستور الجمهورية اليمنية التي نصّت على أن "الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات".

عبارة عن خطاب، وقبل الشرع لم يرد خطاب، فلا تثبت الأحكام إلا بتشريع، ولأن الحكم هو خطاب الله المتعلّق بأفعال المكلّفين، ولا يُعرف تعلّق الخطاب بالمكلّفين إلا بعد ورود الشرع الذي يكشف عن هذا الحكم، ومادام لم يرد نص بتحريم الأفعال فإنه لا حرج على المكلّف أن يفعلها أو يتركها حتى يرد النصّ بتحريمها، ومادام أنه لا تبعة على فعل لم يرد دليل على تحريمه؛ فإنه لا عقاب على فعل لم يُنص على تحريمه، فبيْن هذا المبدأ وبيْن قاعدة: "**لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع**" علاقة تتمثل في أنه لا عقاب على فعل من الأفعال قبل ورود التشريع، ومما يدل على هذه العلاقة: هو وجود أساس لهذا المبدأ في الشريعة الإسلامية وإن كان لم يرد صراحة على ألسنة الفقهاء، فعدم وروده صراحة على ألسنتهم لا يعني عدم وجوده في الشريعة الإسلامية، فنصوص القرآن مؤكدة لمعنى هذا المبدأ، كقـوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴿١٥﴾﴾[1]، ففي هذه الآية دليل على أن الإنسان في مأمَنٍ من العذاب قبل إرسال الرسل[2]، وذلك يستلزم انتفاء الوجوب والحرمة قبل العذاب، وهذا من عدل الله تعالى، فهو لا يعذّب أحدا إلاّ بعد قيام الحجة عليه و الإعذار إليه بإرسال الرسل[3]، وقوله تعالى: ﴿ رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى ٱللَّهِ حُجَّةٌۢ بَعْدَ ٱلرُّسُلِ ﴾[4]، فالآية دليل على قيام الحجة للناس قبل البعثة، وهو ما يلزم منه نفي

---

(١) من الآية ١٥ من سورة الإسراء.

(٢) الإحكام، للآمدي، ٦٨/١

(٣) تفسير القرآن العظيم، لعماد الدّين أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير البُصرَوي الدمشقي، طبعة مصحّحة منقحة، بإشراف: محمود عبد القادر الأرناؤوط، دار صادر،بيروت– لبنان،ط١، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ٢٥٩/٣؛ فتح القدير الجامع بين فنّي الرّواية و الدّراية من علم التفسير، لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني، راجعه وعلّق عليه: هشام البخاري، وخضر عكاري، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، صيدا،بيروت،ط٣، ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م، ٢٦٦/٣.

(٤) من الآية ١٦٥ من سورة النساء.

الموجب والمحرّم لعدم وجود الرسول المبلغ[1]، وقوله تعالى: ﴿ وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًا بَعْدَ إِذْ هَدَىٰهُمْ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُم مَّا يَتَّقُونَ ﴾[2]، فهذه الآية دليل صريح على نفي المؤاخذة قبل التحريم، لأن الله تعالى أخبر عن نفسه وحكمه العادل أنه لا يضل قومًا إلا بعد بلاغ الرسالة إليهم، حتى يكونوا قد قامت عليهم الحجة[3]، فالله سبحانه جزت عادته في خلقه أن لا يؤاخذ بالمخالفة إلا بعد إرسال الرسل[4]، فهذه الآيات دليل على نفي العقاب قبل الإنذار والإبلاغ والبيان بما هو محرّم من الأفعال من قبل الشارع، ويتقرر من مجموعها مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، لأنه إذا كان مقررًا شرعًا وبالأدلة أنه لا عقوبة على الذنب إلا بعد التنبيه إلى أنه ذنب فإنه "يتحقق في مطوى ذلك المعنى ما يسمُّونه اليوم: "لا عقوبة إلا بقانون"[5]

كما أن هناك قواعد أصولية يستنتج منها تقرير مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، كقاعدة: "**الأصل في الأشياء الإباحة**"، فهذه القاعدة – كما سيأتي في الاستصحاب – تعني: أنه إذا لم يرد حكم في الشيء من الشارع فإنه يبقى مباحًا بالإباحة الأصلية[6]، واعتبارا لهذا الأصل في الأقوال والأفعال عند عدم ورود دليل فيها فإنّ التحريم لا يكون إلا بدليل يُخرج القول أو الفعل عن أصل الإباحة إلى التحريم، فإذا انعدم الدليل انعدم أثره وهو الحكم، فيظل الفعل مباحًا على أصله فلا يعتبر جريمة إلاّ بنص صريح يحرم الفعل أو الترك، وإذا لم يكن ثمّت نص على ذلك فلا تبعة ولا عقاب على الفعل والترك، فهذه القاعدة تقرّر أن مبدأ لا جريمة ولا

---

(١) الإحكام، للآمدي، ٦٨/١.

(٢) من الآية١١٥ من سورة التوبة.

(٣) تفسير القرآن العظيم، لابن كثير، ٦٠/٣

(٤) الموافقات، للشاطبي، ٦٩٤

(٥) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، محمد أبو زهرة، ملتزم الطبع والنشر: دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٨م، مطبعة المدني، المؤسسة السعودية بمصر، القاهرة، ١٣٦

(٦) انظر ما سيأتي في قواعد الاستصحاب من الباب الثالث، من هذا البحث.

عقوبة إلا بنص له أساس من القواعد الأصولية(١).

ومن القواعد الأصولية المقرّرة لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات: القاعدة المعروفة في علم الأصول: من أنه لا يُكلَّف شرعًا إلاَّ من كان قادرًا على فهم دليل التكليف، فهذه القاعدة تقتضي قدرة المكلّف على فهم دليل التكليف، بحيث يكون في استطاعته فهم النُّصوص الشرعيَّة التي جاءت بالحكم التكليفي، لأن العاجز عن الفهم لا يمكن أن يمتثل ما كُلِّف به، إذ التكليف خطاب، وخطاب من لا فهم له محال، والامتثال للحكم يقتضي أن يكون الفعل معلومًا للمكلف علمًا تامًا، وذلك بالنّص على الأحكام ونشرها على الكافّة؛ فإذا نزل خطاب من الشارع ولم يُنشر بعد في دار الإسلام فإنّ عدم النشر والجهل بسبب ذلك يكون عذرًا للمكلف، أما إذا انتشر الخطاب وشاع فقد تَمّ التبليغ عن صاحب الشرع فمن جهل بعد ذلك فجهله من قِبل تقصيره لا من قِبل خفاء الدليل ولذلك لا يعذر(٢)، وبتطبيق هذه القاعدة على الجرائم والعقوبات يتضح أن هذه القاعدة تتفق مع مبدأ " لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون"، إذ لا جريمة بلا نص يُنشر على الناس، ولا عقوبة قبل بيانها، فالنص على الجريمة يقتضي النصّ على العقوبة(٣)، فهذه القاعدة تقرر كسابقتها أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

وبناءً على ذلك فإنّ الفقهاء المعاصرين قرروا هذا المبدأ، وأخذوا بالصياغة التي صاغها فقهاء القانون؛ لما في هذه الصياغة من إيجاز في العبارة، مع

(١) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، لعبد القادر عودة،١/١١٦؛ السياسة الجنائيَّة في الشريعة الإسلامية، د. أحمد فتحي بهنسي، ٣٥٧؛ الفقه الإسلامي وأدلته، ا.د. وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا، تنفيذ. المطبعة العلميَّة، ط٤، دمشق، ١٤١٨هـ- ١٩٩٧م، ٧/٥٣٣٠.

(٢) انظر القواعد المتعلّقة بقاعدة حكم الأشياء قبل ورود الشرع من ص....... من هذا البحث.

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ١/١١٧؛ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، رسالة ماجستير(سبق بياناتها) للباحث: حمدي رجب عبد الغني،٤٧، ٤٨

دلالتها على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وعن هذا المبدأ يقول الدكتور/ وهبة الزحيلي إنه:" صاغه العرف القانوني بعبارة موجزة هي (لا جريمة ولا عقوبة بغير نص) والحكمة منه: كفالة حقوق الأفراد و حريتهم في أفعالهم وتصرفاتهم، إذ لو تُرِك أمر التجريم للقاضي لأضحى الأفراد في حيرة من أمرهم، ثم إن العدالة والمنطق يقضيان به حتى لا تُواجه الدولة الأفراد بعقاب لا علم لهم به"[1].

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، ٥٣٢٧/٧

المبحث السابع

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة لا حكمَ لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع في تطبيق مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في القانون اليمني

لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أهمية في توضيح ما هو جريمة وتوضيح عقابها حتى لا يتذرع المجرم بعدم علمه بالتجريم، ممَّا يؤدي إلى استقرار المجتمعات، وحفظ حقوق الناس، ومعرفة ما يلزم على الأفراد تجاه بعضهم وتجاه المجتمع، فينهج الناس في حياتهم منهجًا يجنبهم الوقوع فيما يوجب العقاب، لأن أساس العقوبة هو مخالفة الأوامر القانونية؛ ولا يتصور وجود مخالفة إلا إذا وُجِدَ النَّصّ الآمر أو النَّصّ المانع[1]، كما يؤدي مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات إلى الاستقرار في تجريم الأفعال وفي نوعية العقاب، إذ يترتب على عدم استقرار تجريم الأفعال ونوعية العقاب: أنه قد يُعاقب إنسانٌ ما اليوم على جريمةٍ من الجرائم وغدًا لا يُعاقب آخر على هذه الجريمة نفسها، أو أن تُطَبَّق اليوم عقوبة على إنسانٍ ما وغدًا تُطَبَّق على مثله عقوبة أخف أو أشد، ومثل هذا يؤدي إلى زعزعة المجتمعات وإلى تَجَرُّؤ البعض على ارتكاب الجرائم، لذلك كان لا بد من استقرار التجريم والعقاب؛ ولهذا كله صارت الغاية من مبدأ شرعية التجريم والعقاب: هي ضمان حماية الأفراد وحرياتهم لكون العقوبة أذىً خطيرًا يصيب الفرد في بدنه أو ماله أو شرفه ولن يكون هذا الأذى مشروعًا إلا بنصٍ يحدد العقوبة الخاصَّة بكل جريمة ويبين أساليب تنفيذها[2]، وبناءً على هذا فإن لشرعية الجرائم والعقوبات عدة فوائد أثناء تطبيق القانون منها: -

---

(١) الجريمة والعقوبة (الجريمة) لأبي زهرة، ١٣٣؛ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، للباحث: حمدي رجب عبد الغني، ٣٦. (رسالة ماجستير سبق ذكر بياناتها).

(٢) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٦؛ السياسة الجنائيَّة في الشريعة الإسلامية، د. أحمد فتحي بهنسي، ٣٤٣.

أولاً: أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يفيد في التطبيق السليم لنصوص مواد القانون في التجريم والعقاب في الحدود.

إذا ثبت أن مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص مبدأ مقرر في القانون اليمني، فإنه يمكن الإفادة منه في التطبيق السليم لنصوص التجريم والعقاب، ومنها: نصوص جرائم الحدود وعقوباتها، والجرائم في الاصطلاح: "محظورات شرعية زجر الله تعالى عنها بحدٍ أو تعزير"[1]، أما الحدود في الاصطلاح فهي: "زواجر وضعها الله تعالى للردع عن ارتكاب ما حظر وترك ما أمر به، لما في الطبع من مغالبة الشهوات عن وعيد الآخرة بعاجل اللذة"[2]؛ وزواجر الحدود عبارة عن عقوبات مقدرة؛ ولذلك فإن الحدود تعرّف أيضًا بأنها: " عقوبات الجنايات المقدرة بالشرع خاصة"[3]؛ وبأنها: "عقوبة مقدرة وجبت حقًّا لله تعالى"[4]، لأنها ليست لأشخاص معينين، بل منفعتها للجميع، ولذلك تُسمى حدود الله، وحقوق الله، وهي: حدّ الزنى، وحد القذف، وحدّ السرقة، وحدّ الحرابة، وحدّ الرّدّة، وحدّ شرب الخمر، وحدّ البغي[5]، فالزنى، والقذف، والسرقة، والحرابة، والرّدّة، وشرب الخمر، والبغي، كلها

---

(١) الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تأليف: أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي (ت ٤٥٠هـ)، خرّج أحاديثه وعلق عليه: خالد عبد اللطيف السبع العلمي، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، ١٤١٥هـ ـ ١٩٩٤م، ٣٦١.

(٢) السابق، ٣٦٢.

(٣) إعلام الموقعين عن رب العالمين، تأليف: شمس الدين أبي عبد الله، محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية، (ت ٧٥١هـ) حققه وفصله وضبط غرائبه وعلق حواشيه: محمد محيي الدين عبد الحميد، الناشر: مكتبة مصر، القاهرة، ط سنة ١٤٢٠هـ -١٩٩٩م، ٢/ ٢٣

(٤) المختار، مع شرحه الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمد بن مودود الموصلي الحنفي (ت ٦٨٣هـ) دار المعرفة، بيروت ـ لبنان، ط٣، ١٣٩٥هـ ـ ١٩٧٥م، راجع تصحيحه: محسن أبو دقيقه، ٤/ ٧٩.

(٥) السياسة الشرعيّة في إصلاح الراعي والرعية، لتقي الدين ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ) راجعه وحققه: د. علي سامي النشار، وأحمد زكي عطية، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة، بدون تاريخ، ٦٦

جرائم شرعت لها حدود زاجرة، وبتتبُّع بعض النُصوص الواردة في تجريم هذه الجرائم وعقوباتها يمكن القول: إن القاضي في هذه الجرائم يلتزم التزاما دقيقًا بتلك النُصوص، فليس له أن يجعل أي جريمة أخرى غير تلك الجرائم من جرائم الحدود، ولا أن يجعل لجرائم الحدود عقوبات أخرى غير العقوبات المنصوص عليها، يستوي ذلك في النُصوص الشرعيَّة والنُصوص القانونية.

فإذا كانت جرائم الحدود في الشريعة الإسلامية هي: جرائم الزنى، والقذف، والسرقة، والحرابة، والرِّدَّة، وشرب الخمر، والبغي، فإنها كذلك في القانون اليمني، وهذا ما نصَّت عليه المادة رقم (١٢) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني بقولها: "الجرائم التي يجب فيها الحد هي ما بَيَّن عقوبتها نصٌّ شرعي، وكانت حقًا لله تعالى خالصًا أو مشوبًا، ويُعبر عنها شرعًا بالحدود وهي سبع: (١) البغي، (٢)الرِّدَّة،(٣) الحرابة، (٤) السرقة،(٥) الزنى، (٦) القذف (٧) الشرب"، ويرجع وصف هذه الجرائم بأنها جرائم حدود إلى أن الجريمة قد وقعت إضرارًا بالمصلحة العامَّة، ومن ثَمَّ فقد ثبت العقاب عليها استيفاء للحق العام، وهذا هو المقصود بالحق الخالص لله في المادة المذكورة، كما أن المراد بالحق المشوب: أن يكون لآحاد الناس شيء من الحق الخاص إلى جانب الحق العام[١]، وفيما يلي تطبيق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في الحدود في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني.

١ـ تطبيق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنصٍّ في الزنى.

الزنى: هو" كل وطء وقع على غير نكاحٍ صحيح ولا شبهة نكاح ولا ملك يمين"[٢]، وصفته: " تغييب البالغ العاقل حشفة ذكره في أحد الفرجين من قبل أو دبر ممن لا عصمة بينهما ولا شبهة" [٣]، ومما يدل على النهي عن الزنى: قوله تعالى: ﴿

---

(١) شرح الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٦١.

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٥٥.

(٣) الأحكام السلطانية، للماوردي، ٣٦٧.

﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَٰهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ يَلْقَ أَثَامًا ﴿٦٨﴾ يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا ﴿٦٩﴾ ﴾[2]، فهاتان الآيتان تدلان على النهي عن الزنى[3]، وهو ما يعني النصّ على أن الزنى جريمة، وهذا ما أشار إليه ابن قدامة[4] بقوله:" الزنى حرام، وهو من الكبائر العظام، بدليل قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا الزِّنَىٰ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾ ﴾ وقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَٰهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ يَلْقَ أَثَامًا ﴿٦٨﴾ يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا ﴿٦٩﴾ ﴾[5].

وعقوبات الزنى هي: الجلد، والرجم، والتغريب[6]، وهي عقوبات

---

(١) من الآية ٣٢ من سورة الإسراء.

(٢) الآيتان ٦٨-٦٩ من سورة الفرقان.

(٣) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي، الشهير بالشافعي الصغير(ت ١٠٠٤هـ)، ٤٢٢/٧، ومعه: حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري (ت ١٠٧٨هـ)، وحاشية أحمد بن عبد الرزاق بن محمد بن أحمد، المعروف بالمغربي الرشيدي (ت ١٠٩٦هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط سنة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

(٤) هو أبو محمد عبد الله بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي، الملقب بموفق الدين، شيخ الإسلام، وأحد الأعلام، كان من أئمة المذهب الحنبلي في زمانه، ثم في بغداد، والموصل، ومكة، ولد سنة إحدى وأربعين وخمسمائة(٥٤١هـ) وتوفي سنة عشرين وستمائة (٦٢٠هـ) بدمشق، وله تصانيف كثيرة منها: المغني، والكافي، والمقنع، في الفقه، وروضة الناظر، في أصول الفقه، وغير ذلك. انظر: في ترجمته [الذيل على طبقات الحنابلة، ١٣٣/٢ ـ ١٤٩].

(٥) المغني، على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٥٦/٨، والآيتان سبق تخريجهما.

(٦) المختار والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٨٤/٤ ـ ٨٦؛ بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٥٦/٢ ـ ٣٥٨؛ أحكام القرآن، لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي (ت٥٤٣هـ) تحقيق: علي محمد البجاوي، الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ـ

منصوص عليها، فالجلد منصوص عليه بقوله تعالى: ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾[1]، والرجم والجلد منصوص عليهما بما صحَّ عَنْ عَبْدِ اللَّهِ أنه قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لاَ يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللَّهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلاَّ بِإِحْدَى ثَلاَثٍ: الثَّيِّبُ الزَّانِي، وَالنَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالتَّارِكُ لِدِينِهِ الْمُفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ»[2]، فهذا يدلُّ على أن الثَّيِّبَ الزاني وهو المحصنُ يباحُ دمه بسبب الزنى، وإباحةُ دمه

لبنان، طبعة فيها زيادة شرح وضبط وتحقيق، ١٣٢٦/٣؛ الأم، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، ٢٠٤/٤، وبهامشه: مختصر أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني الشافعي، (ت ٢٦٤هـ)؛ كتاب الشعب، ١٣٨٨هـ ١٩٦٨م عن الصورة التي طبع بها سنة ١٣٢١هـ، ١٥/٤؛ شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية، ليحيى بن شرف النووي، (ت٦٧٦هـ)عنيت بطبعه شركة الشمرلي للطبع والنشر، القاهرة، ٣١، ٤١، المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، للمؤلف نفسه، والمنهاج هو المتن المشروح المسمى: "نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، للرملي، ٤٢٣/٧ ــ ٤٢٨؛ إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، تأليف: تقي الدين ابن دقيق العيد(ت ٧٠٢هـ) تحقيق وتقديم ومراجعة: أحمد محمد شاكر، دار الجيل، بيروت، ط٢، ١٤١٦هـ ــ ١٩٩٥م، ٦٠١، ٦٢٢، السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ١٠٩، ١١٠، الفروع، لشمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح (ت٧٦٣ هـ) وبهامشه: تصحيح الفروع، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ثم الصالحي الحنبلي (ت٨٨٥هـ) راجعه: عبد الستار أحمد فرَّاج، عالم الكتب، بيروت، ط٤، ١٤٠٥هـ -١٩٨٥م ــ كلاهما ــ ٦٧/٧، ٦٩؛ سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلَّة الأحكام، لمحمد بن إسماعيل الأمير اليمني الصنعاني (ت ١١٨٢هـ) تحقيق: إبراهيم عصر، دار الحديث، القاهرة، ١١٨٢/٣، ١٢٦٨/٤؛ نيل الأوطار، للشوكاني، ١٣٧/٧، ٢٢٩، ٢٣١، ٢٣٤.

(١) من الآية ٢ من سورة النور.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٩١) كتاب الديات (٥) باب قول الله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ ۚ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٤٥﴾﴾ [من الآية ٤٥ من سورة المائدة]. حديث رقم (٦٤٨٤) ٢٥٢١/٦؛ مسلم في صحيحه واللفظ له (٢٨) كتاب القسامة(٦) باب ما يباح به دم المسلم، حديث رقم (١٦٧٦) ١٣٠٢/٣ ــ ١٣٠٣.

يكون بالرجم[1]، إضافة إلى أن عقوبات الزنى مشروعة بفعله ﷺ فقد قضى رسول الله بتلك العقوبات، فقد صحّ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ وَزَيْدِ بن خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ[2] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنهما قَالاَ: جَاءَ أَعْرَابِيٌّ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، اقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ. فَقَامَ خَصْمُهُ فَقَالَ: صَدَقَ، اقْضِ بَيْنَنَا بِكِتَابِ اللَّهِ. فَقَالَ الأَعْرَابِيُّ: إِنَّ ابْنِي كَانَ عَسِيفًا[3] عَلَى هَذَا، فَزَنَى بِامْرَأَتِهِ. فَقَالُوا: لِي عَلَى ابْنِكَ الرَّجْمُ. فَفَدَيْتُ ابْنِي مِنْهُ بِمِائَةٍ مِنَ الْغَنَمِ وَوَلِيدَةٍ، ثُمَّ سَأَلْتُ أَهْلَ الْعِلْمِ فَقَالُوا: إِنَّمَا عَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ. فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «**لأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ، أَمَّا الْوَلِيدَةُ وَالْغَنَمُ فَرَدٌّ عَلَيْكَ، وَعَلَى ابْنِكَ جَلْدُ مِائَةٍ وَتَغْرِيبُ عَامٍ، وَأَمَّا أَنْتَ يَا أُنَيْسُ[4] –لِرَجُلٍ– فَاغْدُ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا فَارْجُمْهَا**» فَغَدَا عَلَيْهَا أُنَيْسٌ فَرَجَمَهَا[5]، فهذا الحديث دليل على وجوب الحد على الزاني غير المحصن مائة جلدة، مع تغريبه عامًا، ودليل على وجوب الرجم على الزاني

(١) شرح الأربعين النووية، للنووي، ٤٤؛ إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ٦٠١؛ سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٣/١١٨٢؛ نيل الأوطار، للشوكاني ٧/١٣٧، ٢٣٤.

(٢) هو زيد بن خالد الجهني المدني، قال ابن البرقي: توفي بالمدينة سنة ثمان وسبعين (٧٨هـ) عن خمس وثمانين سنة، انظر في ترجمته:[خلاصة تهذيب تهذيب الكمال في أسماء الرجال، للحافظ: صفيّ الدين أحمد بن عبد الله الخزرجي، تحقيق: محمود عبد الوهاب فايد، الناشر: مكتبة القاهرة، مصر، ١/٣٥٢].

(٣) العسيف: يعني الأجير ــ كما قال الإمام مالك: انظر: [الموطأ صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، طبع ونشر وتوزيع: دار الحديث، القاهرة، ط٤، ١٤١٩هــ ــ ١٩٩٩م، ٢/٦٢٧]؛ وانظر: [سبل السلام، للصنعاني، ٤/١٢٦٨].

(٤) هو أنيس بن الضحاك الأسلمي، وقد جزم ابن حبّان، وابن عبد البرّ، بأنه هو الذي قال له رسول الله ﷺ: "اغدُ يا أنيس على امرأة هذا..."، قال ابن حجر ــ تعقيبًا على ذلك ــ: " وفيه نظر، والظاهر في نقدي أنه غيره، والله أعلم".انظر: [الإصابة في تمييز الصحابة، لابن حجر العسقلاني أحمد بن علي (٨٥٢هــ)، حقق أصوله وضبط أعلامه ووضع فهارسه: علي محمد البجاوي، دار نهضة مصر للطبع والنشر، القاهرة ١/١٣٦ ــ ١٣٧.]

(٥) أخرجه البخاري واللفظ له(٥٧) كتاب الصلح (٥) باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود، حديث رقم (٢٥٤٩) ٢/٥٩٩ ومسلم في (٢٩) كتاب الحدود(٥) باب من اعترف على نفسه بالزنى، حديث رقم (١٦٩٨) ٣/١٣٢٤-١٣٢٥.

المحصن[1]، قال الماوردي[2]: "وقد رجم النبي ﷺ وسلم ماعزًا ولم يجلده"[3].

وليس موضوعنا الخلاف في جلد المحصن قبل رجمه؛ لأن هذا يطول ذكره، ويخرجنا عما نحن بصدده، وهو إثبات مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

ويؤخذ من ظاهر هذا الحديث أيضًا اشتهار التغريب عند الصحابة في حق البكر؛ لأن الرجل الأعرابي حينما سأل عن كيفية القضاء في ابنه الذي زنى، قال له أهل العلم: بأن على ابنهِ جلدُ مائةٍ وتغريب عام، وقال له النبي ﷺ: إن على ابنه جلد مائة وتغريب عام، وهو ﷺ المبينُ لكتاب الله، وخطب عمر بذلك، وعمل به الخلفاء الراشدون، ولم ينكره أحد فكان إجماعا[4].

فهذه النُصوص تدل على أن عقوبات الزنى، هي: الجلد، والتغريب، والرجم، وهي كل العقوبات المقررة للزنى في الشريعة الإسلامية، وأن أي عقوبة غير تلك العقوبات تعتبر غير مشروعة؛ لأنها زيادة لم يرد بها الشرع، ولأن الحدود عقوبة مقدرة، وهكذا فإن مبدأ الشرعيَّة الجنائيَّة في الزنى، المتضمن لشرعية تجريم الزنى وشرعية عقوبته منصوص عليه.

---

(١) إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ٦٢٢؛ سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ١٢٦٨/٤؛ نيل الأوطار للشوكاني، ٢٣١/٧. الزاني المحصن: هو الذي وطئ وطئًا كاملاً في نكاح تام. والثيب: "هو الواطئ في النكاح الحلال في القبل". انظر: [الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود، ٨٨/٤]. والبكر: "هو غير المحصن، وهو اسمٌ لمن لم يتزوج". انظر: [الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود، ٨٨/٤]. والبكر من النساء: "هي التي لم توطأ في قبلها". انظر: [المغني، لابن قدامة، ٢٠٨/٨].

(٢) هو أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري الشافعي، المعروف بالماوردي، كان حافظًا للمذهب الشافعي، أقضى القضاة، توفي ببغداد سنة أربع مائة وخمسين (٤٥٠هـ) من مؤلفاته: الحاوي، في الفقه، والأحكام السلطانية، وغير ذلك. انظر: [طبقات الشافعية، للإسنوي، ٣٨٧/٢-٣٨٨].

(٣) الأحكام السلطانية، ٣٦٨

(٤) نيل الأوطار، للشوكاني، ٢٣٢/٧.

وقد حرص المشرع اليمني على النصّ على عقوبات جريمة الزنـى فـي تشريعه العقابي، رغبةً منه في الاحتذاء بالشريعة الإسـلامية، باعتبارهـا مـصدر التشريعات اليمنية، فقد تحددت تلك العقوبات بنصوص قانونية واضحة، تطبيقًا لمبـدأ قانونية العقوبة المقتضي أن لا عقوبة إلا بنص، فقد نصَّت المادة رقـم (٢٦٣) مـن قانون الجرائم والعقوبات اليمني على عقوبة الزاني بقولها: "الوطء المعتبرُ زنى هـو الوطء في القُبل، ويعاقب الزاني والزانية في غير شبهة أو إكراه بالجلد مائة جلدة حدًا إن كان غير محصن، ويجوز للمحكمة تعزيره بالحبس مدة لا تجاوز سنةً، وإذا كـان الزاني أو الزانية محصنًا يعاقب بالرجم حتى الموت"، فهـذا الـنصّ يُفهـم منـه أن عقوبات الزنى في القانون اليمني لا تخرج عن الرجم والجلد والحبس المتضمن معنى التغريب، فالرجم حتى الموت هي عقوبة الزاني المحصن، والجلد هي عقوبة الزانـي غير المحصن، ويضاف إليه تعزيره بالحبس مدةً لا تجاوز سنة[1]، وهـذه العقوبـات هي بعينها العقوبات المقررة للزنى في الشريعة الإسلامية؛ ولذلك فـإن القاضـي إذا حكم بأية عقوبة في جريمة الزنى غير هذه العقوبات فإن حكمه يكون مستحقًا للنقض ولا يعتد به[2].

واللواط حكمه في القانون اليمني حكم الزنى، فيعاقب اللائط والملوط بالجلد مائة جلدة إن كان غير محصن، ويجوز تعزيره بالحبس مدة لا تزيدُ عن سَنة، ويعاقب بالرجم حتى الموت إن كان محصنًا، وهذا ما نصَّت عليه المادة رقم (٢٦٤) من نفس القانون بقولها: " اللواط هو إتيان الإنسان من دبره، ويعاقب اللائط والملوط ذكرًا كان أو أنثى بالجلد مائة جلدة إن كان غير محصن، ويجوز تعزيره بالحبس مدة لا تجاوز سنة، ويعاقب بالرجم حتى الموت إن كان محصنًا"، فهذا النَّصّ يوضح أن اللواط حكمه حكم الزنى، وقد أشار ابن قدامة إلى هذا بقوله: "لا خلاف بينْ أهل العلم في أن من وطئ امرأةً في قبلها حرامًا لا شبهة له في وطئها أنه زانٍ، يجب عليه حد

---

(١) قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، جـ٢: العقوبات، د. طاهر العبيدي، ٤٧،٣٧.
(٢) السابق، ٤٨.

الزنى إذا كملت شروطه، والوطء في الدبر مثله في كونه زنى؛ لأنه وطء في فرج امرأة لا ملك له فيها ولا شبهة ملك، فكان زنى كالوطء في القبل... والوطء في الدُبر فاحشة بقوله تعالى في قوم لوط: ﴿أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ﴾[1]، يعني: الوطء في أدبار الرجال"[2].

٢ــ تطبيق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في القذف

القذف: هو الشتم بالزنى، واستعير له اسم الرمي، لأنه إذاية بالقول، ولذلك قيل له: القذف، وهو الرمي بالزنى واللواط أو نفي النسب عن الأب[3]، وقد جاء النصّ بتجريم القذف وعقوبته في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤﴾﴾[4] فهذا النصّ يدل على شرعية عقوبة القذف وهي الجلد ثمانون جلدة، ويدل على تجريم القذف[5]؛ وفي هذا يقول الماوردي:" حد القذف بالزنى ثمانون جلدة ورد النصّ بها وانعقد الإجماع

---

(١) من الآية ٥٤ من سورة النمل.

(٢) المغني، ١٨١/٨.

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي، ١٣٣٢/٣.

(٤) الآية ٤ من سورة النور.

(٥) أحكام القرآن، لابن العربي، ١٣٣٢/٣؛ الأم، للشافعي، ٢٠٤/٤، وانظر في تجريم القذف وعقوبته بالجلد ثمانين جلدة: [المختار، والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود الموصلي، ٩٣/٤؛ تيسير التحرير، لأمير بادشاه، ١٧٩/٢؛ بداية المجتهد، لابن رشد، ٢٦٣/٢؛ السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ١١٩، ١٦٤؛ الفروع، لابن مفلح، وبهامشه:تصحيح الفروع، للمرداوي، ٨٣/٦. والإحصان في القذف يراد به العفة، أي عفة المقذوف من الزنى، انظر: [تحرير التنبيه، (معجم لغوي) تأليف: محيي الدين أبي زكريا يحيي بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ)، والتنبيه، هو لجمال الدين أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي (ت ٤٧٦هـ)، تحقيق: د. فايز الداية، ود. محمد رضوان الداية، دار الفكر المعاصر، بيروت ــ لبنان، ودار الفكر، دمشق ــ سوريا، ط ١، ١٤١٠هـ ــ ١٩٩٠م، ٣٤٨؛ السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ١١٩، ١٦٤].

عليها، لا يزاد فيها ولا ينقص عنها"[1].

وقد حرص المشرع اليمني على النصّ على عقوبة القاذف بجلده ثمانين جلدة؛ رغبة منه في الاقتداء بالشريعة الإسلامية، وهذا ما نصّت عليه المادة رقم (٢٨٩) من قانون الجرائم والعقوبات بقولها:" كل من قذف محصنًا بالزنى أو بنفي النسب وعجز عن إثبات ما رماه به يعاقب بالجلد ثمانين جلدة حدًّا"، فهذا النصّ واضح في تحديد عقوبة جريمة القذف بكونها ثمانين جلدة حدًّا، وفقًا لمبدأ الشرعيَّة الذي ينص على أن " لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون"، والذي بمقتضاه لا يجوز للقاضي إنقاص هذا العدد في الجلدات عن القاذف ولا الزيادة عليها، وإذا فعل ذلك فإن حكمه يعتبر منتقضًا ولا يعتد به[2].

٣ـ تطبيق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في السرقة

السرقة هي: " أخذ مال الغير مُستترًا من غير أن يؤتمن عليه"[3]، وقد جاء النصّ بتجريم السرقة وبعقوبتها؛ فقال تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٣٨﴾ ﴾[4]، فهذا دليل على تجريم السرقة، وعلى شرعية العقاب عليها[5]، وقد لخص الماوردي أحكام القطع بقوله: " كلّ مال محرز

---

(١) الأحكام السلطانية، ٣٧٧ ـ ٣٧٨.

كما أن من عقوبات القاذف غيره بالزنى: حرمانه من حق أداء الشهادة، إلاّ أنّ هذه العقوبة هي عقوبة تبعية، بينما جلده ثمانين جلدة تعتبر عقوبة أصلية. انظر: [التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ١/١١٩؛ الشرعيَّة الجنائيَّة، د. عصام عفيفي، ٨٦].

(٢) قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، جـ٢: العقوبات، د. طاهر صالح العبيدي،٤٨.

(٣) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٦٦.

(٤) الآية ٣٨ من سورة المائدة.

(٥) أحكام القرآن، لابن العربي، ٢/٦٠٥؛ الأم، للشافعي، ٤/٢٠٤؛ وانظر أيضًا في تجريم السرقة وعقوبتها: [المختار والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود الموصلي، ٤/١٠٢، ١٠٩، ١١٠، بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٦٦.؛ السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ١٠٤، ١٠٧؛ الفروع، لابن مفلح ــ وبهامشه ــ تصحيح الفروع، للمرداوي، ٦/١٢٢، ١٣٥].

بلغت قيمته نصابًا إذا سرقهُ بالغ عاقل لا شبهة له في المال ولا في حرزه؛ قطعت يده اليمنى من مفصل الكوع، فإن سرق ثانيةً بعد قطعه ــ إما من ذلك المال بعد إحرازه أو من غيره ــ قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب، فإن سرق ثالثة، قال أبو حنيفة: لا يقطع بها، وعند الشافعي: تقطع في الثالثة يده اليسرى، وفي الرابعة رجله اليمنى، وإن سرق خامسة عُزّرَ ولم يقتل، وإن سرق مرارًا قبل القطع فليس عليه إلا قطع واحد"[1]، والذي يعنينا من هذا كله إثبات أن السرقة جريمة وأنّ عقابها منصوص عليه[2]، وهذا تطبيق واضح لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

وقد حرص المشرع اليمني على النصّ على عقوبة السارق في المادة رقم (٢٩٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني التي نصّت على حد السرقة بقولها:" كل من سرق نصاب (هكذا ولعلها نصابًا) وتوافرت في فعله شروط الحد تقطع يده اليمنى من الرسغ حدًا، فإذا ارتكب جريمة مماثلة بعد ذلك تقطع رجله اليسرى من الكعب، فإذا ارتكب ذات الجرايمة بعد ذلك يستبدل بالقطع الحبس مدة لا تجاوز خمسة عشرة سنة (هكذا والصواب إخمس عشرة سنة)..."، فهذا النصّ يدل على أن عقوبة القطع في السرقة عقوبة منصوص عليها، لا يجوز للقاضي تغييرها، وذلك تطبيقٌ لمبدأ قانونية العقوبة.

٤ــ تطبيق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في الرِّدَّة

الرِّدَّة هي: " أن يرتدَّ قومٌ حُكِمَ بإسلامهم، سواء وُلِدُوا على فطرة الإسلام، أو أسلموا عن كفر"[3]، والرِّدَّة تشمل: " قطع الإسلام بنيّة أو قول أو فعل؛ كسجود لصنم، واستخفاف بالمصحف أو الكعبة"[4]، كما يدخل في الارتداد: منع الحق؛ ولهذا

---

(١) الأحكام السلطانية، ٣٧٢.

(٢) أحكام السرقة كثيرة، منها: ما يتعلق بالنصاب ومقداره، ونوع المال الذي تقطع فيه اليد، ونوع الحرز، وغير ذلك، وهي أحكام مطولة أعرضنا عنها لعدم علاقتها بموضوعنا هذا الخاص بعرض لتطبيق شرعية جريمة السرقة وعقوبتها وفقًا لمبدأ: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

(٣) الأحكام السلطانية، للماوردي، ١١٣.

(٤) تحرير التنبيه، للنووي، ٣٣٨.

جعل الشافعي رحمه الله تعالى أهل الرِّدَّة بعد رسول الله ﷺ ضربين؛ أحدهما: قوم كفروا بعد الإسلام، والضرب الثاني: قوم تمسكوا بالإسلام ومنعوا الصدقات[1]، وقد جاء النصّ بعقوبة المرتد جزاءً لردته؛ لأن الرِّدَّة جرمٌ يُعاقَب عليه، فقد صَحَّ عن ابنِ عَبَّاسٍ أنه قَالَ: قال النَّبيُّ ﷺ «مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ»[2]، وفي هذا دليل على قتل من بدَّل دينه الذي هو دين الإسلام؛ لأن الدين عند الله الإسلام[3]، وروي عنه ﷺ أيضًا أنه قال: «لاَ يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللَّهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلاَّ بِإِحْدَى ثَلاَثٍ: الثَّيِّبُ الزَّانِي، وَالنَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالتَّارِكُ لِدِينِهِ الْمُفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ»[4]؛ والمراد بالجماعة: جماعة المسلمين، وإنما فراقهم بالرِّدَّة عن الدين وهو سبب لإباحة دمهم، والتارك لدينه يَعُمّ كل مرتد عن الإسلام بأية ردة كانت، فيُقتل إن لم يرجع إلى الإسلام[5]، فهذان النصان صريحان في تجريم الرِّدَّة، وشرعية العقوبة على ذلك، وهذا تطبيق واضح لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

وقد حرص المشرع اليمني على النصّ على عقوبة المرتد بقتله في المادة

---

(١) الأم، ٤/١٣٤.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه واللفظ له (٦٠) كتاب الجهاد (١٤٧) باب لا يُعذَّبُ بعذاب الله، حديث رقم (٢٨٥٤) ٣/١٠٩٨ وسنن أبو داود (٣٣) كتاب الحدود(١) باب الحكم فيمن ارتد، حديث رقم (٤٣٥١) ٤/١٨٦٠، وسنن الترمذي (١٥) كتاب الحدود (٢٥) باب ما جاء في المرتد، حديث رقم (١٤٥٨) ٤/٥٩ وقال: "حديث حسن صحيح".

(٣) نيل الأوطار، للشوكاني، ٨/٦. يقول الله تعالى ــ مخبرًا عن حقيقة الدين-: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِندَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ﴾[من الآية ١٩ من سورة آل عمران].

(٤) الحديث سبق تخريجه ص٢١٧.

(٥) شرح الأربعين النووية، للنووي، ٤١؛ إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ٦٠١؛ سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٣/١١٨٢؛ نيل الأوطار، للشوكاني، ٧/١٣٧ ــ ١٣٨.وانظر أيضًا في تجريم الرِّدَّة وفي شرعية عقوبتها: [المختار والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود الموصلي، ٤/١٤٥، ١٤٦.؛ الأحكام السلطانية، للماوردي، ١١٣؛ الفروع، لابن مفلح، وبهامشه: تصحيح الفروع، للمرداوي، ٦/١٦٤، ١٦٩].

رقم (٢٥٩) من قانون الجرائم والعقوبات، حيث نصّت على ذلك بقولها:" كل من ارتد عن دين الإسلام يعاقب بالإعدام بعد الاستتابة ثلاثًا وإمهاله ثلاثين يومًا، ويعتبر ردة الجهر بأقوال أو أفعال تتنافى مع قواعد الإسلام وأركانه عن عمد أو إصرار، فإذا لم يثبت العمد أو الإصرار وأبدى الجاني التوبة فلا عقاب"؛ فهذا النّص يدل على أن عقوبة الرِّدّة منصوص عليها، وهي القتل حدًا، وذلك تطبيقٌ لمبدأ قانونية العقوبة.

٥ــ تطبيق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في البغي

البغي: هو امتناع طائفة من المسلمين من طاعة الإمام، وتمنعهم عمّا عليهم من الحقوق، وتفردهم باجتباء الأموال وتنفيذ الأحكام، سواء نصّبوا لأنفسهم إمامًا اجتَبَوا بقوله الأموال ونفّذوا بأمره الأحكام، أو قاموا بجباية الأموال وتنفيذ الأحكام دون أن ينصبوا إمامًا[1]، وسمُّوا بغاة؛ إما لبغيهم، أو لأنهم يبغون الحق على زعمهم[2]، أو لأنهم يبغون خلع الإمام بالخروج عليه[3]، وقد ورد النّص بقتالهم ومحاربتهم ليرجعوا إلى رأي الجماعة وإلى الطاعة[4] بقوله تعالى: ﴿ وَإِن طَآئِفَتَانِ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ ٱقْتَتَلُوا۟ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا ۖ فَإِنۢ بَغَتْ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى ٱلْأُخْرَىٰ فَقَـٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى حَتَّىٰ تَفِىٓءَ إِلَىٰٓ أَمْرِ ٱللَّهِ ۚ فَإِن فَآءَتْ فَأَصْلِحُوا۟ بَيْنَهُمَا بِٱلْعَدْلِ وَأَقْسِطُوٓا۟ ۖ إِنَّ ٱللَّهَ يُحِبُّ ٱلْمُقْسِطِينَ ۝٩ ﴾[5]، فهذه الآية أصل في قتال أهل البغي[6]، كما أن في قوله تعالى: ﴿ فَإِنۢ بَغَتْ إِحْدَىٰهُمَا عَلَى ٱلْأُخْرَىٰ ﴾وجهين؛ أحدهما: بغت بالتعدي في القتال، والثاني: بغت بالعدول عن الصلح[7]، وقوله: ﴿فَقَـٰتِلُوا۟ ٱلَّتِى تَبْغِى﴾ فيه أمر بالقتال، وهو فرض على الكفاية إذا قام به البعض سقط عن

---

(١) الأحكام السلطانية، للماوردي، ١١٨، ١٢٠.

(٢) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٥٨.

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي، ٤/١٧٢١.

(٤) الأحكام السلطانية، للماوردي، ١٢٠.

(٥) الآية رقم ٩ من سورة الحجرات.

(٦) أحكام القرآن، لابن العربي، ٤/١٧١٧.

(٧) الأحكام السلطانية، للماوردي، ١٢٠.

الآخرين، والمقصود من القتال هو ردعهم عن البغي وزجرهم عن المخالفة[1]، وفي قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَفِيٓءَ إِلَىٰٓ أَمۡرِ ٱللَّهِۚ﴾وجهان؛ أحدهما: حتى ترجع إلى الصلح الذي أمر الله تعالى به، والثاني: إلى كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ فيما لهم وعليهم[2]، والفيئة تشمل الرجعة عن القتال بأي حال، سواء كانت رجعة أهل البغي عن معصية الله إلى طاعته بترك القتال، أو بهزيمتهم، أو بتوبتهم، أو بغير ذلك، فأي حال تركوا بها القتال فقد فاءوا، فإن فاءوا لم يكن لأحد قتالهم، لأن الله عز وجل إنما أذن في قتالهم في مدة البغي إلى أن يفيئوا[3].

وقد ورد النصّ في السنة النبوية على عقوبة الباغي بإباحة دمه، فقد روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لاَ يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللَّهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلاَّ بِإِحْدَى ثَلاثٍ: الثَّيِّبُ الزَّانِي، وَالنَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالتَّارِكُ لِدِينِهِ الْمُفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ**»[4]، فقوله: «**الْمُفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ**» يتناول كل خارج عن الجماعة ببدعة أو بغيٍ أو غيرهما[5]، فهؤلاء مباحو الدم بنص الحديث[6]، كما صحَّ عن عبد الله بن عمرو بن العاص، أن رسول الله ﷺ قال: «**... وَمَنْ بَايَعَ إِمَامًا فَأَعْطَاهُ صَفْقَةَ يَدِهِ، وَثَمَرَةَ قَلْبِهِ، فَلْيُطِعْهُ إِنْ اسْتَطَاعَ، فَإِنْ جَاءَ آخَرُ يُنَازِعُهُ فَاضْرِبُوا عُنُقَ الآخَرِ...**»[7]،

---

(١) أحكام القرآن، لابن العربي، ١٧١٩/٤، ١٧٢٠؛ الأحكام السلطانية، للماوردي، ١٢٠.

(٢) الأحكام السلطانية، للماوردي، ١٢١.

(٣) الأم، للشافعي، ١٣٣/٤.

(٤) الحديث سبق تخريجه، ص٢١٧.

(٥) سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ١١٨٢/٣.

(٦) شرح الأربعين النووية، للنووي، ٤١؛ إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ٦٠١؛ سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ١١٨٢/٣.

(٧) أخرجه مسلم في صحيحه واللفظ له (٣٣) كتاب الإمارة (١٠) باب وجوب الوفاء ببيعة الخلفاء، حديث رقم (١٨٤٤) ١٤٧٣/٣، وسنن أبي داوود (٣٠) كتاب الفتن (١) باب ذكر الفتن، حديث رقم (٤٢٤٨) ١٨١٦/٤؛ وسنن النسائي (٣٩) كتاب البيعة (٢٥) باب ذكر ما على من بايع الإمام، حديث رقم (٤١٩١) ١٥٢/٧.

كما روي عن عرفجة، قال: سمعت رسول الله ﷺ، يقول: «**إِنَّهُ سَتَكُونُ هَنَاتٌ وَهَنَاتٌ**[1]**، فَمَنْ أَرَادَ أَنْ يُفَرِّقَ أَمْرَ هَذِهِ الأُمَّةِ وَهِيَ جَمِيعٌ، فَاضْرِبُوهُ بِالسَّيْفِ كَائِنًا مَنْ كَانَ**»[2]، فهذان الحديثان يدلان على أن من خرج على إمام قد اجتمعت عليه كلمة المسلمين، فإنه يستحق القتل، لإدخاله الضرر على العباد[3]، وهذا كله يفيد أن تجريم بغي طائفة على أخرى، منصوص عليه، كما أن قتال الطائفة الباغية حتى تفيء وترجع عن بغيها وقتل الباغي منصوص عليه[4]، وهذا تطبيق لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

وقد حرص المشرع اليمني على تجريم البغي، حيث اعتبره خروجًا على الدولة مكابرة استنادا إلى مَنَعَة، ويعاقب الباغي بالإعدام، وفقًا للأحكام المقررة للجرائم الماسة بأمن الدولة، وهي التي يطلق عليها في القوانين: اسم الجرائم السياسية[5]؛ فقد نصّت المادة رقم (١٢٤) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على ذلك بقولها:" البغي هو الخروج على الدولة مكابرة استنادا إلى مَنَعة، ويعاقَب الباغي

قال النووي: "أن الإنسان يلزم أن لا يفعل مع الناس إلا ما يجب أن يفعلوه معه". انظر: [شرح النووي على صحيح مسلم، ٤٧٥/١٢].

(١) قوله ﷺ: "ستكون هناتٌ وهناتٌ " الهنات: جمع هنَة، وتُطلق على كل شيء، والمراد بها هنا: الفتن، والأمور الحادثة. انظر: [شرح النووي على صحيح مسلم، ٤٨٣/١٢] كما أن المراد بها: داهية وشر. انظر: [السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ١٢٣].

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه واللفظ له (٣٣) كتاب الإمارة (١٤) باب حكم من فرّق أمر المسلمين وهو مُجتمِع، حديث رقم (١٨٥٢) ١٣٧٩/٣؛ ورواه أحمد بن حنبل في المسند، عن عرفجة بن شريح، ٢٤/٥.

(٣) سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ١٢٣٤/٣.

(٤) وانظر في شرعية تجريم البغي والعقاب عليه: [الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود الموصلي، ١٥١/٤؛ السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ١٢٣، ١٥٩؛ الفروع، لابن مفلح، وبهامشه: تصحيح الفروع، للمرداوي، ١٥٢/٦].

(٥) الأحكام العامّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د.طاهر العبيدي، ٥٩.

وفقًا للأحكام المقررة للجرائم الماسة بأمن الدولة المنصوص عليها في هذا القانون"؛ ويأتي في مقدمة الجرائم الماسة بأمن الدولة: جريمة الاعتداء على استقلال الجمهورية، حيث نصَّت المادة رقم (١٢٥) من نفس القانون على أنه: "يعاقَب بالإعدام كل من ارتكب فعلاً بقصد المساس باستقلال الجمهورية أو وحدتها أو سلامة أراضيها، ويجوز الحكم بمصادرة كل أو بعض أمواله"، أي أن القانون اليمني جعل الإعدام عقوبة لجريمة البغي، والتي من صورها: جريمة المساس باستقلال الجمهورية أو وحدتها أو سلامة أراضيها[1]، وهذا تطبيق لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

٦ـ تطبيق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في الحرابة

الحرابة: هي إشهار السلاح قصد السَّلب، مأخوذة من الحرب[2]، ويطلق لفظ: (المحاربين) و(قطّاع الطريق) على من يقومون بالحرابة[3]، بحيث "إذا اجتمعت طائفة من أهل الفساد على شهر السلاح وقطع الطريق وأخذ الأموال وقتل النفوس ومنع السَّابلة[4] فهم المحاربون"[5]، أي أنهم يعرضون للناس بالسلاح، ويقطعون السبيل، فيغصبون الناس أموالهم، ويظهرون الفساد في الأرض[6]، وسواء كان السلاح المستخدم في الحرابة حديدًا، أو غيره كالعصا، والرمي بالحجارة، فكلها

---

(١) الأحكام العامَّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د: طاهر صالح العبيدي، ٥٩؛ قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، حـ٢: العقوبات، للمؤلف نفسه، ٣٢.

ومن الجرائم الماسة بأمن الدولة والتي يعاقب عليها بالإعدام في القانون اليمني: إضعاف قوة الدفاع (مادة ١٢٦ جرائم وعقوبات) وإعانة العدو (مادة ١٢٧ جرائم وعقوبات)، والاتصال غير المشروع بدولة أجنبية (مادة ١٢٨. جرائم وعقوبات).

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي، ٥٩٦/٢.

(٣) الأحكام السلطانية، للماوردي، ١٢٤.

(٤) المراد بذلك قطع السبيل.

(٥) الأحكام السلطانية، للماوردي، ١٢٤.

(٦) أحكام القرآن، لابن العربي، ٥٩٦/٢؛ الأم، للشافعي، ٢٠٣/٤.

أسلحة للحرابة[1]، وإذا كان الغالب في الحرابة أنها إشهار السلاح وقطع السبيل خارج الأمصار فمرجع ذلك إلى أن الغالب في الصحاري أنه لا يدرك فيها الغوث[2]، غير أنه قد يُلحق إشهار السلاح وقطع السبيل في الأمصار بإشهار السلاح وقطع السبيل خارج الأمصار، فحكم من يقوم بذلك حكم المحاربين وقطّاع الطرق في الصحاري والأسفار؛ لأنهم متجرّئون على المحاربة وقطع الطريق، ولأن الغوث والنجدة قد لا يدرك في الأمصار، ولأن اسم الحرابة يتناوله، ومعنى الحرابة موجود فيها [3].

وقد ورد النّصّ بتجريم الحرابة وبعقوبتها، فقد قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿٣٣﴾ ﴾[4]، فقد ورد في سبب نزول هذه الآية: " أنّ رهطًا من عُكَل، وعُرينة[5]، أتَوا رسولَ الله ﷺ فقالوا: يا رسولَ الله! إنا كنّا أهل ضرع، ولم نكن أهلَ ريف، فاستوخمنا المدينة[6]، فأمر لهم رسول الله ﷺ بذود أن يخرجوا فيها، فليشربوا من ألبانها وأبوالها[7]؛ فقتلوا راعي رسول الله ﷺ واستاقوا الذّود، فبعث رسول الله ﷺ في آثارهم، فأُتِيَ بهم، فقطع أيديهم وأرجلهم، وسَمَلَ[8] أعينهم، فتركوا في الحرّة حتى

---

(١) الأم، للشافعي، ٢٠٤/٤.

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٧٣/٢.

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي، ٥٩٧/٢؛ الأحكام السلطانية، للماوردي، ١٢٧.

(٤) الآية ٣٣ من سورة المائدة.

(٥) عُكَل وعرينة: قبيلتان [نيل الأوطار، للشوكاني، ٣٠٥/٧].

(٦) قولهم: "فاستوخمنا المدينة" ظاهر هذا القول أنهم قدموا سِقامًا، فلما صحُّوا من السُّقم كرهوا الإقامة بالمدينة لوخمها، والسُّقم الذي كان بهم هو الهزل الشديد والجهد من الجوع: [نيل الأوطار، للشوكاني، ٣٠٦/٧].

(٧) المراد أن الرسول ﷺ أمر لهم بنوق ذوات ألبان [السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة].

(٨) سُمِل، وقيل: سُمّل، والسّمل: هو فقْءُ العين بأيِّ شيء كان، والمراد: أنهم كُحِلوا بأميال قد أُحْميت. [السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة].

ماتوا على حالهم، قال قتادة: ذُكر لنا أن هذه الآية نزلت فيهم ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا ﴾إلى آخر الآية"[1].

والحرابة يعاقب عليها بالقتل، أو الصلب، أو قطع الأيدي والأرجل من خلاف، أو النفي[2]، وهي عقوبات مترتبة بناء على اختلاف فعل الحرابة، فمن قتل وأخذ المال قُتل وصُلب، وإن عفا عنه ولي الدم كان عفوه لغوًا، ومن قتل ولم يأخذ المال قُتل ولم يُصلب وإن عفا صاحب المال كان عفوه لغوًا؛ لأن الله عز وجل لم يذكر أن له عفوًا كما ذكر الأولياء في القصاص بقوله: ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴿٣٣﴾ ﴾[3]، ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى من خلاف، ومن أخاف السبيل ولم يأخذ مالاً ولم يقتل ولم يجرح نُفي من الأرض[4]، وذلك بتشريده عن الأمصار والبلدان فلا يترك يأوي بلدًا؛ بل يُخرَج من مدينة إلى أخرى[5]، أو بحبسه وسجنه حتى تظهر

---

(١) أسباب النزول، للواحدي، ١٤٤. والقصة مخرجة في الصحيحين فقد روى البخاري عن أنس ﷺ: أَنَّ نَاسًا مِنْ عُرَيْنَةَ اجْتَوَوْا الْمَدِينَةَ، فَرَخَّصَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَأْتُوا إِبِلَ الصَّدَقَةِ فَيَشْرَبُوا مِنْ أَلْبَانِهَا وَأَبْوَالِهَا. فَقَتَلُوا الرَّاعِيَ، وَاسْتَاقُوا الذَّوْدَ؛ فَأَرْسَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَأُتِيَ بِهِمْ، فَقَطَّعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلَهُمْ وَسَمَرَ أَعْيُنَهُمْ وَتَرَكَهُمْ بِالْحَرَّةِ يَعَضُّونَ الْحِجَارَةَ، (٣٠) كتاب الزكاة (٦٧) باب استعمال إبل الصدقة وألبانها لأبناء السبيل، حديث رقم (١٤٣٠)، ٤٥٦/٢ ومسلم(٢٨) كتاب القسامة (٢) باب حكم المحاربين والمرتدين، حديث رقم (١٦٧١) ١٢٩٦/٣.

(٢) انظر في شرعية تجريم الحرابة وعقوباتها: [المختار والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود، ١١٤/٤-١١٥؛ بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٧٤/٢، ٣٧٥؛ أحكام القرآن، لابن العربي، ٥٩٧/٢، ٥٩٩، ٦٠١، ٦٠٢؛ الأم، للشافعي، ١٣٥/٤، ٢٠٣، ٢٠٤؛ الأحكام السلطانية، للماوردي، ١٢٥، ١٢٦، ١٢٧؛ مختصر الخرقي، ومعه المغني، لابن قدامة، ٢٨٧/٨ – ٥٩٥؛ السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ٨٢ – ٨٦؛ الفروع لابن مفلح، وبهامشه: تصحيح الفروع، للمرداوي، ١٤٠/٦ –١٤١؛ نيل الأوطار، للشوكاني، ٣٠٥/٧ –٣٠٨].

(٣) من الآية ٣٣ من سورة الإسراء.

(٤) الأم، للشافعي، ٢٠٣/٤؛ الأحكام السلطانية، للماوردي، ١٢٤، ١٢٦.

(٥) أحكام القرآن، لابن العربي، ٦٠١/٢؛ الأم، للشافعي، ٢٠٣/٤؛ الأحكام السلطانية، للماوردي، ١٢٥سبل السلام، للصنعاني، ١١٨٣/٣.

توبته[١]، أو بمطاردته وطلبه وملاحقته لإقامة الحد عليه، فيظلّ مطاردًا مبعدًا من بلد إلى آخر، فإذا ظفر به أقيمت عليه هذه الحدود[٢]، ولا ريب أن السجن يؤدي الغرض المقصود من النفي، وهو الزّجر والتأديب ودفع الأذى[٣]، فهذه هي عقوبات الحرابة، وهي عقوبات منصوص عليها، وهذا تطبيق واضح لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

أما إنْ تاب المحارب قبل القدرة عليه فإنه يسقط عنه ما لله من هذه الحدود، ويلزمه ما للناس؛ من مالٍ، أو جرح، أو نفسٍ، إلا أن يعفوَ المجني عليه[٤].

وقد حرص المشرع اليمني على تجريم الحرابة حينما عرّفها في المادة رقم (٣٠٦) من قانون الجرائم والعقوبات، حيث نصّت على ذلك بقولها:" من تعرّض للناس بالقوة أيًّا كانت في طريق عام أو صحراء أو بنيان أو بحرًا (كذا)، أو طائرة، فأخافهم وأرعبهم على نفسٍ أو مالٍ أو عرض، واحدًا أو جماعة، أو لأي غرض غير مشروع، قهرًا أو مجاهرة، اعتبر محاربًا"، فهذا الوصف لتجريم الحرابة يتّسع ليشمل إشهار السلاح وقطع الطريق عند انقطاع الغوث؛ فيدخل في مفهوم الحرابة:العصابات المُسلّحة التي تسعى إلى القتل والسرقة والخطف وغيرها من أعمال الفساد في الأرض[٥].

كما حرص المشرع اليمني على شرعية عقوبة الحرابة في المادة رقم (٣٠٧) من نفس القانون، التي نصّت على ذلك بقولها: " يُعاقَب المحارب أولاً:

---

(١) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٧٤؛ أحكام القرآن، لابن العربي، ٢/٦٠٠.

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي، ٢/٦٠١؛ الأم، للشافعي، ٤/٢٠٣؛ الأحكام السلطانية، للماوردي، ١٢٥.

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي، ٢/٦٠١؛ الأحكام السلطانية، للماوردي، ١٢٧؛ نيل الأوطار، للشوكاني، ٧/٣٠٨.

(٤) الأم، للشافعي، ٤/٢٠٣.

(٥) الأحكام العامة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د: طاهر صالح العبيدي، ٥٨

بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات إذا اقتصر فعله على إخافة السبيل. ثانيًا: بقطع يده اليمنى من الرسغ ورجله اليسرى من الكعب إذا أخذ مالاً منقولاً مملوكًا لغيره، ويعاقب شريكه الذي لم يأخذ مالاً بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات. ثالثًا: إذا أدّى فعل أيٍ من المحاربين إلى موت إنسان تكون عقوبته الإعدام حدًا، ويعاقب من لم يسهم في القتل بالحبس مدة لا تزيد على خمسة عشرة عامًا (كذا، والصواب: خمسة عشر عامًا). رابعًا: بالإعدام والصّلب إذا أخذ مالاً وقتل شخصًا، ويعاقب من لم يسهم في الأخذ أو القتل بالحبس مدة لا تزيد على خمسة عشرة عامًا (كذا، والصواب: خمسة عشر عامًا)، ولا تُخل العقوبات المتقدمة بحق ولي الدم في الدية والأرش بحسب الأحوال"، فهذا النّصّ يعتبر تطبيقًا لمبدأ قانونية العقوبة، حيث نص على عقوبة المحارب واعتبرها عقوبة حدية، ولا تخرج تلك العقوبات عن الإعدام حدًا، والصلب حدًّا، وقطع اليد اليمنى والرجل اليسرى من خلاف حدًّا، والحبس المرادف للنفي، فالإعدام حدًّا مقرّر في جريمة الحرابة إذا نتج عن فعل أي من المحاربين موت إنسان، كما يعاقب المحارب بالإعدام والصلب حدًّا إذا أخذ مالاً وقتل شخصًا، ويعاقب المحارب بقطع اليد اليمنى من الرسغ والرجل اليسرى من الكعب من خلاف حدًّا إذا نتج عن فعله أخذ مال مملوك للغير، وأما عقوبة الحبس فإنها تكون في المحارب إذا ارتكب جريمة الحرابة فأسهم في قطع الطريق ولم يأخذ مالاً لغيره، حيث يعاقب بالحبس عشر سنوات، أما إذا ارتكب جريمة الحرابة واقتصر فعله على إخافة السبيل فإنه يعاقب بالحبس خمس سنوات[1]، أي أن عقوبات الحرابة كحد من الحدود، هي: القتل حدًّا، أو قطع الأيدي والأرجل من خلاف حدًّا، أو القتل مع الصلب حدًّا، أو الحبس.

واحتذاءً بالشريعة الإسلامية في إعفاء المحارب من العقاب إذا تاب قبل

---

(١) الأحكام العامّة وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د: طاهر العبيدي، ٥٨؛ قانون الجرائم والعقوبات، القسم العام، جـ ٢: العقوبات، للمؤلف نفسه، ٣٢، ٤٢، ٥٣، ٨٧.

القدرة عليه فقد نصّ قانون الجرائم والعقوبات اليمني على هذا الحكم في مادته رقم (٣٠٩) بقولها:" يُعفى من العقوبات المقررة في هذا الفصل من تاب من المحاربين قبل القدرة عليهم، دون أن يخل هذا الإعفاء بحقوق الغير من قصاص، أو دية، أو أرش، إذا توفرت حالته الشرعيَّة"، ومعنى هذا: أن القاضي لا يملك عقاب المحارب إذا ثبتت توبته قبل القدرة عليه؛ لأن هذا الإعفاء ممنوح للمحارب بحكم الشرع والقانون، وهذا تطبيق لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

٧ – تطبيق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في شرب الخمر

الخمر: هي ما يخامر العقل؛ وقد سميت الخمر خمرًا "لتخميرها العقل، أي: تغطيتها إياه"[(١)]، وقد ورد تجريم الخمر بالنص، حيث يقول الله تعالى في شأنها: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ[(٢)] وَٱلْأَنصَابُ[(٣)] وَٱلْأَزْلَٰمُ[(٤)] رِجْسٌ[(٥)] مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ۝٩٠ إِنَّمَا يُرِيدُ ٱلشَّيْطَٰنُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ ٱلْعَدَٰوَةَ وَٱلْبَغْضَآءَ فِى ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ ٱللَّهِ وَعَنِ

---

(١) تحرير التنبيه، للنووي، ٥٣.

(٢) الميسر هو: شيء محرّم لا سبيل إلى عمله[أحكام القرآن، لابن العربي، ٦٥٦/٢]، وقال ابن عباس عن الميسر أنه: كل شيء فيه قمار من نرد وشطرنج. انظر: [الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ٥٢/٣، ٥٣].

(٣) الأنصاب هي الأصنام. انظر: [الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ٢٨٦/٦].

(٤) الأزلام: كانت قداحًا لقومٍ، وحجارة لآخرين، وقراطيس لأناس، يكون أحدها غُفلاً، وفي الثاني " افعل " أو ما في معناه، وفي الثالث " لا تفعل " أو ما في معناه، ثم يخلطها في جُعبة، أو تحتها، ثم يخرجها مخلوطة مجهولة، فإن خرج الغُفل أعاد الضرب، حتى يخرج له "افعل" أو "لا تفعل"، وذلك بحضرة أصنامهم، فيمتثلون ما يخرج لهم، ويعتقدون أن ذلك هدايةً من الصنم لمطلبهم. [أحكام القرآن، لابن العربي، ٥٤٥/٢]

ويقال أن الأزلام كانت عند سدنة البيت وخُدام الأصنام، يأتي الرجل إذا أراد حاجة، فيقبض منها شيئًا، فإن كان عليه أمرني ربي خرج إلى حاجته على ما أحب أو كره. انظر: [الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي ٢٨٦/٦].

(٥) رجس: أي نَجَس [أحكام القرآن، لابن العربي، ٦٥٦/٢].

ٱلصَّلَوٰةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ ﴿٩١﴾ ﴾[1]، فهاتان الآيتان تتضمنان تجريم شرب الخمر، لأن في الآية الأولى وصفًا للخمر بأنها ﴿ رِجْسٌ ﴾، وهذا الوصف يدل على تمام تجريمها، ويعضد ذلك ما جاء في شرح الآية الأولى: من." أن تمام تجريمها (أي الخمر) وكمال الردع عنها الحكم بنجاستها حتى يتقذّرها العبد فيكفّ عنها، قربانًا بالنجاسة وشربًا بالتحريم، فالحكم بنجاستها يوجب التحريم"[2]، كما أنّ في الآية الثانية استفهامًا يتضمن الدعوة إلى الانتهاء عن تناول الخمر والتوبيخ على عدم الانتهاء[3]، وهو ما يعني اجتنابها؛ لأن قوله تعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُوهُ ﴾أمر باجتناب الخمر؛ لأنّ الفلاح معلّق بذلك الاجتناب[4].

وهناك نصوص من السُّنة النبوية على صاحبها أفضل الصلاة والسلام تدل على تحريم الخمر، فقد صحّ عَنْ ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنهما أنه قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «**كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ وَكُلُّ خَمْرٍ حَرَامٌ**»[5]، فقوله: «**كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ**»، دليل على أن كلّ مسكر يُسمى خمرًا؛ وقوله: «**وَكُلُّ خَمْرٍ حَرَامٌ**»، دليل على تحريم كل مسكر، وهو عام لكل ما كان مسكرًا من عصير أو نبيذ[6]،كما أن ما روي عَنْ جَابِرِ بن عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: قَالَ رَسُولُ

---

(١) الآيتان ٩٠، ٩١ من سورة المائدة.

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي، ٢/٦٥٦ – ٦٥٧.

(٣) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (العقوبة)، محمد أبو زهرة، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي، القاهرة، مطبعة المدني، المؤسسة السعودية، بمصر، القاهرة، ١٢٣.

(٤) أحكام القرآن، لابن العربي، ٢/٦٥٧.

(٥) أخرجه مسلم في الصحيح واللفظ له (٣٦) كتاب الأشربة (٧) باب بيان أن كل مسكر خمر، وأن كل خمر حرامٌ، حديث رقم (٢٠٠٣) ٣/١٥٨٧، وأخرجه أبو داوود في السنن (٢٠) كتاب الأشربة (٥) باب النهي عن المسكر، حديث رقم (٣٦٧٩) ٣/١٥٩٣؛ وأخرجه الترمذي في السنن (٢٧) كتاب الأشربة (١) باب ما جاء في شارب الخمر، حديث رقم (١٨٦١) وقال: "حديث حسن صحيح"، ٤/٢٩٠. وكلهم عن ابن عمر.

(٦) سُبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٤/١٣١٨، وانظر: [السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ١١٨ – ١١٩].

اللَّه ﷺ: «مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ»[1]، دليل على تحريم القليل والكثير ممَّا أسكر[2]، ومنه أخذ العلماء قاعدة: **"كل ما أسكر كثيره أو قليله من خمرٍ أو نبيذ حرام"**[3]، والإجماع على تحريم الخمر[4]، فهذا الحديث يعتبر من جوامع الكلم، فقد جمع الرسول ﷺ فيه كل ما غطى العقل وأسكر، بكلمات قليلة، تجعلها كلها حرامًا وكلها خمرًا[5]، كما ورد النَّصّ أيضًا بعقوبة شرب الخمر، فقد رُوي عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله ﷺ "ضَرَبَ فِي الْخَمْرِ بنعلَيْنِ أَرْبَعِينَ، فَجَعَلَ عُمَرُ مَكَانَ كُلِّ نَعْلٍ سَوْطًا"[6]، كما روي عن أبي سعيد الخدري أيضًا أن أبا بكر رضي الله عنه ضَرَبَ فِي

---

(١) أخرجه أبو داوود في سننه (٢٠) كتاب الأشربة (٥) باب النهي عن المسكر، حديث رقم (٣٦٨١) ١٥٩٣/٣، وأخرجه الترمذي في سننه (٢٧) كتاب الأشربة (٣) باب ما أسكر كثيره فقليله حرام، حديث رقم (١٨٦٥) وقال: "حديث حسن غريب"، ٢٩٢/٤ وأخرجه ابن ماجه في السنن (٣٠) كتاب الأشربة (١٠) باب ما أسكر كثيره فقليله حرام، حديث رقم (٣٣٩٣) ١١٢٥/٢ واللفظ في المتن للجميع، وكلهم عن جابر بن عبد الله.

كما ورد النَّصّ بلعن الخمر وكل ما يُسَهِّل الحصول عليها، فقد روى أبو داوود عَنِ ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنهما أنه قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: **«لَعَنَ اللَّهُ الْخَمْرَ، وَشَارِبَهَا، وَسَاقِيَهَا، وَبَائِعَهَا، وَمُبْتَاعَهَا، وَعَاصِرَهَا، وَمُعْتَصِرَهَا، وَحَامِلَهَا، وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ»** [(٢٠) كتاب الأشربة (٢) باب يعصر للخمر، حديث رقم (٣٦٧٤) ١٥٩٠/٣] كما أخرجه ابن ماجه في السنن (٣٠) كتاب الأشربة (٦) باب لُعنت الخمر على عشرة أوجه، حديث رقم (٣٣٨٠) ١١٢١/٢، وأخرجه أحمد بن حنبل، في المسند، ٢٥/٢ وكلهم عن ابن عمر].

(٢) سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ١٣١٨/٤.

(٣) الأحكام السلطانية، للماوردي، ٣٧٦ ومثلها: قاعدة: "كل مسكر خمر". انظر: [السياسة الشرعيَّة لابن تيمية، ١١٥].

(٤) سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ١٣١٨/٤.

(٥) السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ١١٨.

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة، كتاب الحدود، باب في الخمر كم هو، وكم يُضرب شاربه، حديث رقم (٨٤٦٠) انظر: [المصنف في الأحاديث والآثار، حققه وصححه: الأستاذ/ عبد الخالق الأفغاني، طبعة حيدر أباد الدكن، بالهند، ٥٤٨/٩].

الْخَمْرِ بِالنَّعْلَيْنِ أَرْبَعِينَ[1]، ومن هذا كله يُعلم أن السُنة قد وردت بعقوبة شرب الخمر، وهي ضرب شارب الخمر أربعين، وهذا تطبيق واضح لمبدأ لا عقوبة إلا بنص، كما روي أن عمر رضي الله عنه استشار في حد الخمر، فقال عبد الرحمن بن عوف: "أخف الحدود ثمانين، فأمر به عمر"[2]، فهذه النصوص والروايات دليل على ثبوت الحد على شارب الخمر[3].

يقول الماوردي: "والحد أن يجلد أربعين بالأيدي وأطراف الثياب... وقيل: بل يحد بالسوط اعتبارا بسائر الحدود، ويجوز أن يتجاوز الأربعين إذا لم يرتدع بها إلى ثمانين جلدة"[4]، فإن عمر بن الخطاب رضي الله عنه شاور الناس في جلد الخمر، وقال: "إن الناس قد شربوها، واجترءوا عليها" فقال له علي: "إن السكران إذا سكر هذى، وإذا هذى افترى فاجعله حد الفرية، فجعله عمر حد الفرية ثمانين"[5]. وبذلك يتضح

---

(١) أخرجه عبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب حد الخمر، حديث رقم (١٣٥٤٥) بنحوه عن أبي سعيد، انظر: [المصنف، عني بتحقيق نصوصه وتخريج أحاديثه والتعليق عليه: الشيخ/ حبيب الرحمن الأعظمي، ط١، ١٣٩٢هـ-١٩٧٢م، المجلس العلمي، جوهانسبرغ، جنوب إفريقيا، كراتشي، باكستان، سملك، كجران ٣٧٩/٧].

(٢) أخرجه مسلم بسنده عَنْ أَنَسِ بن مَالك: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُتِيَ بِرَجُلٍ قَدْ شَرِبَ الْخَمْرَ فَجَلَدَهُ بِجَرِيدَتَيْنِ نَحْوَ أَرْبَعِينَ. قَالَ: وَفَعَلَهُ أَبُو بَكْرٍ، فَلَمَّا كَانَ عُمَرُ اسْتَشَارَ النَّاسَ فَقَالَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ: أَخَفَّ الْحُدُودِ ثَمَانِينَ. فَأَمَرَ بِهِ عُمَرُ. انظر: [صحيح مسلم، (٢٩) كتاب الحدود (٨) باب حد الخمر، حديث رقم (١٧٠٦) ١٣٣١/٣] وأخرجه أبو داود في سننه (٣٣) كتاب الحدود (٣٦) باب الحد في الخمر، حديث رقم (٤٤٧٩) ١٩١٦/٤، عن أنس أيضًا].

(٣) سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ١٣١٢/٤. وقال ابن دقيق العيد: " لا خلاف في الحد على شرب الخمر". [إحكام الأحكام، ٦٣٣]. وانظر في تجريم الخمر وشرعية عقوبته: [المختار والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود، ٧٩/٤، ٩٣، ٩٩؛ السياسة الشرعية، لابن تيمية، ١١٢، ١١٣، ١١٨، ١١٩؛ الفروع، لابن مفلح، وبهامشه: تصحيح الفروع، للمرداوي، ٩٩/٦-١٠١].

(٤) الأحكام السلطانية، ٣٧٦.

(٥) المصنف، لعبد الرزاق الصنعاني حديث رقم (١٣٥٤٢) ٣٧٨/٧.

أن عقوبة شرب الخمر عقوبة حدية، مقدّرة بأربعين جلدة حدّا، ويمكن زيادتها إلى ثمانين جلدة لا على أنها حدٌّ ولكن تعزيرٌ يجوز للإمام فعله[1]؛ وذلك مراعاة لظروف الجاني ومدى إصراره على شربها وانهماكه فيها، بشرط أن لا يزيد التعزير عن ثمانين جلدة، فالزيادة عن الأربعين يفعلها الإمام عند الحاجة إذا أدمن الناس الخمر، أو كان الشارب ممن لا يرتدع بالأربعين، فأما مع قلة الشاربين والارتداع بالأربعين فإنه يكتفى بذلك[2].

وقد حرص المشرع اليمني على النّصّ على تجريم شرب الخمر، وعلى بيان عقوبة شارب الخمر في المادة رقم (٢٨٣) من قانون الجرائم والعقوبات، حيث نصَّت على ذلك بقولها: "يعاقَب بالجلد ثمانين جلدة حدًّا كلّ مسلم، بالغ، عاقل، شرب خمرًا، فإذا شربها في محل عام جاز تعزيره بعد إقامة الحد بالحبس مدة لا تتجاوز سنة..."، والخمر في القانون اليمني قد عرفته المادة رقم (٢٨٢) من نفس القانون بقولها: "يقصد بالخمر كل مسكر أيًّا كان نوعه دون اعتبار الكمية (هكذا ولعلها للكمية) اللاّزمة للإسكار منه"، وهذا يعني أن القانون اليمني قد جعل القليل من المسكر مثل كثيره في اعتباره جريمة، إلا أن وصف القانون اليمني لجلد شارب الخمر ثمانين جلدة بأنه حد أمر فيه نظر؛ لأن الزيادة على الأربعين هي من باب التعزير؛ ولذلك أرى أن تعدّل هذه المادة على النحو التالي: " يعاقب بالجلد أربعين جلدة حدا كلّ مسلم، بالغ، عاقل، شرب خمرًا، ويجوز تعزيره ثمانين جلدة عند مجاهرته بذلك، أو عند العودة إلى شربها".

وعلى كلّ حال فإن النّصّ على عقوبة شرب كلّ مسكر في القانون اليمني هو تطبيق لمبدأ لا عقوبة إلا بنص، وهذا يقتضي أن عقوبة شارب الخمر عقوبة حدية لا يجوز للقاضي استبدالها بعقوبة أخرى[3].

---

(١) المغني، لابن قدامة، ٣٠٧/٨.

(٢) السياسية الشرعيّة، لابن تيمية، ١١٢، ١١٣.

(٣) قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، جـ٢: العقوبات، د. طاهر صالح العبيدي، ٤٨.

ثانيًا: أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يفيد في التطبيق السليم لنصوص مواد القانون في التجريم والعقاب في القصاص والدّيات:

إذا ثبت أن مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص مبدأ مقرر في القانون اليمني فإنه يمكن الإفادة من هذا المبدأ في التطبيق السليم لنصوص التجريم والعقاب، ومنها: نصوص جرائم القصاص والديات وعقوباتها، وفيما يلي توضيح لذلك:

١ - تطبيق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم القصاص والدّيات في النفس وعقوباتها.

القصاص هو: "المماثلة، وهو مأخوذ من القصّ، وهو القطع"[١]، والقود والقصاص مترادفان، فالقود "مأخوذ من قَوْد المستقيدُ الجاني بحبل وغيره ليقتص منه؛ والقوَد والقصاص بمعنى"[٢]، أي أن القصاص في القتل يراد به قتل القاتل، والقصاص في الجراح: هو أن يُفعل بالجاني مثل فعله بالمجني عليه، فإذا قلع الجاني سن المجني عليه مثلاً فإنه يُقلع سن الجاني بشرط المساواة[٣]، والقصاص لا يسمى حدًّا لأنه حق العباد[٤]، والدية هي: "ما يؤدّى، ولمّا كان القتلُ يوجب مالاً يُدفع إلى الأولياء سمي دية"[٥].

وتجريم القتل بغير حق ثابت بالنص؛ إذ يقول الله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾[٦]، فهذا نص صريح في تجريم القتل بلا جناية ولا جريرة توجبه، فالقتل بغير حق من أعظم الذنوب، لما فيه من الاعتداء على نفس

---

(١) تحرير التنبيه، للنووي، ٣٢٠.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

(٣) السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ١٥٥، ١٦١.

(٤) الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود، ٤/٧٩.

(٥) السابق، ٥/٣٥.

(٦) من الآية ١٥١ من سورة الأنعام.

الغير وإيثار القاتل لنفسه[1]، كما أنه قد روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لاَ يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللَّهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلاَّ بِإِحْدَى ثَلاَثٍ: الثَّيِّبُ الزَّانِي، وَالنَّفْسُ بِالنَّفْسِ، وَالتَّارِكُ لِدِينِهِ الْمُفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ**»[2]، فهذا دليل على أن القتل بغير حق جريمة يباح بسببها دم القاتل؛ إذ المراد من " النفس بالنفس" في الحديث: القصاص بقتل الجاني[3].

أما شرعية عقوبة القتل في جريمة الاعتداء على الغير بالقتل بغير حق فمنصوص عليها بقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴿٣٣﴾﴾[4]، والسلطان لولي الدم هو الخيرة بين القتل وبين الدية، فإن شاء عفا عن القاتل، وإن شاء قتله قصاصًا، وإن شاء أخذ الدية[5]، كما أن قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى﴾[6]، نص في شرعية القصاص من القاتل، ويدل قوله تعالى ﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٧٩﴾﴾[7] على أن القصاص يمنع من يريد القتل من الإقدام على ذلك، شفقة على نفسه من عقابه بالقتل، فكان في القصاص ردعٌ عن الإتلاف وحياة للناس[8]، وقد سبق ذكر الحديث الذي جاء فيه النصّ على عقوبة القاتل لغيره بغير حق بالقصاص، فالقصاص وهو القود يجب في القتل العمد[9]، وبهذا يُعلم أن تجريم القتل وعقوبته بالقصاص

---

(١) أحكام القرآن، لابن العربي، ١٢٠٥/٣، ١٢٠٦.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص٢١٧.

(٣) إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ٦٠١؛ سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ١١٨٢/٣.

(٤) الآية ٣٣ من سورة الإسراء.

(٥) أحكام القرآن، لابن العربي، ٦٢٦/٢، ١٢٠٨/٣، ١٢٠٩؛ الأم، للشافعي، ٢٠٣/٤، ٢٠٤.

(٦) من الآية ١٧٨ من سورة البقرة.

(٧) الآية ١٧٩ من سورة البقرة.

(٨) أحكام القرآن، لابن العربي، ١٢٠٦/٣.

(٩) المغني، لابن قدامة، ١٤٧/٧.

منصوص عليه في الشريعة الإسلامية، وهذا تطبيق لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

كما أن شرعية عقوبة الدية والكفارة في القتل قد ثبتت بالنص، فالأصل[1] في ذلك قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟﴾[2]، فذكر الله تعالى أن في القتل الخطأ دية مسلمة إلى أهل القتيل[3] وتحرير رقبة مؤمنة، وسواء كان المقتول مسلمًا أو كافرًا له عهد[4]، لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍۭ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَٰقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ ۖ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَكَانَ ٱللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا ﴿٩٢﴾﴾[5]، ولا قصاص في شيء من القتل إذا كان بهذه الصفة، لأن الله تعالى أوجب به الدية ولم يذكر قصاصًا[6].

كما ثبتت مشروعية الدية بالسُنة، فقد روي أن النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم كتابًا إلى أهل اليمن، فيه الفرائض والسنن والديات، وقال فيه: «**وَأَنَّ فِي النَّفْسِ الدِّيَةَ مِائَةً مِنَ الإِبِلِ**»[7]، وهو كتاب مشهور ومعروف عند أهل العلم متداول بينهم يعتمدون عليه في الديات، وعلى أنها مقدرة بمائة من الإبل، وعند عدم الإبل يجوز تقويم الدية بأثمان الإبل[8]، وهكذا فإن شرعية عقوبة الدية ثابتة بالنص، كثبوت

---

(١) المغني، لابن قدامة، ٧/٦٥١.

(٢) من الآية ٩٢ من سورة النساء.

(٣) الأم، للشافعي، ٤/٢٠٤.

(٤) المغني، لابن قدامة، ٧/٦٥١.

(٥) من الآية ٩٢ من سورة النساء.

(٦) المغني، لابن قدامة، ٧/٦٥١.

(٧) رواه النسائي في سننه (٤٥) كتاب القسامة (٤٦) باب ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول، حديث رقم (٤٨٥٣) ٨/٥٨. مطولاً.

(٨) المغني، لابن قدامة، ٧/٧٥٨، ٧٥٩؛ سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٣/١٢٠٧، ١٢٠٨؛ نيل الأوطار، للشوكاني، ٧/١٩٧.

عقوبة القصاص بالنص.

وقد حرص المشرع اليمني على النصّ على تجريم الاعتداء على الأنفس بالقتل، حيث نصَّت المادة رقم (١٣) من قانون الجرائم والعقوبات على ذلك، بقولها: "الجرائم التي يجب فيها القصاص هي ما بيّن عقوبتها نص شرعي وكانت حقًا للعباد، وهي نوعان:(١) جرائم تقع على النفس مطلقًا وتؤدي إلى القتل. (٢) جرائم تقع على ما دون النفس، وهي الجرائم التي تمس جسم الإنسان ولا تهلكه"، فالفقرة الأولى من هذا النصّ تدل صراحةً على تجريم الاعتداء على النفس مطلقًا، وأن القتل سلوك إجرامي يؤدي إلى الوفاة[١]، وهذا تطبيق لمبدأ شرعية تجريم الاعتداء على النفس، كما أن الفقرة الثانية قد دلت أيضًا بصراحتها على تجريم الاعتداء على ما دون النفس، وهذا تطبيق صريح لمبدأ شرعية تجريم الاعتداء على ما دون النفس.

كما نص المشرع اليمني أيضًا على عقوبات جرائم الاعتداء على الأنفس بالقصاص أو الدية، في المادة رقم (٢٣٤) من نفس القانون بقولها: "من قتل نفسًا معصومة عمدًا يعاقب بالإعدام قصاصًا إلا أن يعفو ولي الدم، فإن كان العفو مطلقًا أو بشرط الدية أو مات الجاني قبل الحكم حُكم بالدية..."، فهذا نص صريح على أن القصاص ــ الذي عبّر عنه القانون اليمني بالإعدام ــ هو عقوبة للقتل العمد ما لم يعفُ ولي الدم، كما أن الدية عقوبة للقتل العمد أيضًا في بعض الأحوال؛ كأن يعفو ولي الدم عن القصاص إلى الدية، وكأنْ يموت الجاني قبل الحكم عليه، فالدية عقوبة بديلة عن القصاص[٢]، وهذا كله تطبيق لمبدأ لا عقوبة إلا بنص، لأن العقوبة في جرائم العدوان العمدي المتلف للنفس عقوبةٌ مقدرةٌ قانونًا وهي الإعدام، فإن تعذر

---

(١) شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص: جرائم الاعتداء على الأشخاص، د. علي حسن الشرفي، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ط٢، ١٤١٧هـ ١٩٩٦م، ١٦؛ شرح قانون الجرائم والعقوبات، القسم الخاص، د. حسن علي مجلي، مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء ــ اليمن، ط١، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ٤٤، ٤٥.

(٢) شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، د. علي حسن الشرفي، ١٩، ٧٩؛ شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، جـ٢: العقوبات، د. طاهر صالح العبيدي، ٢٨.

تنفيذ هذه العقوبة فإنها تستبدل بالدية[1]، وهكذا فإن النصّ على تجريم الاعتداء على النفس والنص على عقوبتها في القانون اليمني هو تطبيق واضح لمبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

٢ـ تطبيق مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص في جرائم القصاص والديات في غير النفس وعقوباتها.

جراح الغير بغير حق جريمة، إذ هو عدوان يستوجب العقوبة، وهي القصاص إن أمكن والدية عند عدم إمكان ذلك، وعقوبة القصاص في الجراح قد ثبتت بالنص، إذ يقول الله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾[2]، فهذا دليل على شرعية عقوبة القصاص في الجراح، إلاّ أنّ ذكر القصاص في العين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسنّ بالسن لا يعني أن القصاص مقتصرٌ على هذه الأعضاء دون غيرها، لأن الله سبحانه نص على أمهات الأعضاء وترك باقيها للقياس عليها، وكل عضو فيه القصاصُ إذا أمكن ولم يخشَ منه موت المقتص منه، وكذلك كل عضو بطلت منفعته وبقيت صورته فلا قوَد فيه وفيه الدية، لعدم إمكان القود[3]؛ وذلك كالجناية على العقل، والشم، والذوق، والسمع، والبصر، واللسان، والصُّلب إذا تسببت الجناية عليه بامتناع الجماع، فالاعتداء على هذه الأعضاء قد يبطل منفعتها مع بقائها[4]، وفي هذا إشارة إلى ثبوت تجريم الجراح وعقوباتها نصًا، وهذه العقوبات هي القصاص إذا أمكن ذلك، وإن لم يمكن – مثل أن يكسر شخص لآخر عظمًا باطنًا – فلا يشرع القصاص، بل تجب الدية أو الأرش[5].

---

(١) الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، حـ١: النظرية العامة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٦٤.

(٢) من الآية ٤٥ من سورة المائدة.

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي، ٢/٦٣١.

(٤) المختار والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٥/٣٧.

(٥) السياسية الشرعيّة، لابن تيمية، ١٦١.

وقد حرص المشرع اليمني على النص على تجريم الاعتداء على ما دون النفس، وهذا ما جاء صريحًا في الفقرة الثانية من المادة رقم (١٣) من قانون الجرائم والعقوبات التي نصت على أن "الجرائم التي يجب فيها القصاص هي ما بيّن عقوبتها نص شرعي وكانت حقًا للعباد، وهي نوعان: (١) جرائم تقع على النفس مطلقًا وتؤدي إلى القتل (٢) جرائم تقع على ما دون النفس وهي الجرائم التي تمس جسم الإنسان ولا تهلكه"، ومقتضى هذا النص: أن الاعتداء على غير النفس يُعد جريمة في القانون اليمني، الذي وصف هذه الأفعال بأنها جرائم تمس جسم الإنسان ولا تهلكه[1]، فالنص على تجريم هذه الأفعال هو تطبيق لمبدأ لا جريمة إلا بنص.

كما نص المشرّع اليمني أيضًا على عقوبة جرائم الاعتداء على ما دون النفس في المادة رقم (٢٤٣) من نفس القانون، حيث نصت على ذلك بقولها: "يعاقَب بالقصاص بمثل ما فعل كلُ من اعتدى على غيره بأي وسيلة وألحقَ بجسمه عمدًا عاهةً مستديمةً، بأنْ قصمَ له مفصلاً، أو قلعَ له عينًا، أو صلمَ له أُذنًا، أو أحدثَ به جُرحًا يمكنُ ضبطُ مقداره، فإذا اقتصرَ فعلُ الجاني على إذهاب معنى طرف أو حاسة مع بقاء الصورة أو إذا امتنع القصاص أو سقط بغير العفو بالمجان عُوقبَ بالدية أو الأرش..."، فهذا النصّ يوجب الحكمَ بالقصاص إذا لم يكن هناك سببٌ مانعٌ منه، وكانت الجريمة عمدية، وترتب عليها حدوثُ عاهةٍ مستديمة، كونها أدتْ إلى قطع عضو أو انفصاله، أو قطع جزء من الأجزاء مع فقد منفعته أو نقصها أو تعطيل وظيفته[2]، كما أنّ هذا النصّ يعتبرُ القصاصَ فيما دون النفسِ عقوبةً مشروعةً وهي أن يجازى الجاني بمثلَ ما فعل بالمجني عليه كلما أمكن القصاص، إضافة إلى أن هذا النصّ يوجب الديةَ إذا سقط القصاص فيما دون النفس، كما لو تعذر استيفاؤهُ وترتب على الجناية ذهاب أحد أعضاء الجسم أو تفويت منفعته[3]، كما أن هذا النصّ يجعل الأرش عقوبةً من عقوبات جرائم الاعتداء على ما دون النفس.

---

(١) قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، جـ٢: العقوبات، د. طاهر صالح العبيدي، ٢٤.

(٢) شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص، د. حسن علي مجلي، ٣٢٧.

(٣) قانون الجرائم والعقوبات، القسم العام، جـ٢: العقوبات، د. طاهر العبيدي، ٤٣.

وتأكيدًا لشرعية عقوبة الدية فقد نصّت المادة رقم (٢٠٥) من نفس القانون على أنه: "يُعاقب بالدية أو بالأرش على حسب الأحوال من تسبب بخطئه في المساس بسلامة جسم غيره... "؛ لأن العدوان وقع على سلامة الجسد دون أن يفضي إلى هلاكه[1]، أما بالنسبة للأرش: فقد تضمنت المادة رقم (٤٠) من نفس القانون تعريف الأرش بقولها: "الأرش نسبة معينة من الدية تقدر تبعًا للجريمة".

ثالثًا: أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يفيد في التطبيق السليم لنصوص مواد القانون في التجريم والعقاب في التعازير

إذا كان التعزير يعتبر عقوبة مشروعة على جناية لا حد فيها ولا كفارة، فإن هذا المعنى للتعزير مفهوم من خلال القاعدة العامّة الضابطة لمواضع التعزير، وهي أن التعزير يكون في كلّ معصية لا حدّ فيها ولا كفّارة، وهذه القاعدة ذكرها الزركشي بقوله: "من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة فعليه التعزير"[2]، ومثله قال السيوطي[3]، وغيره[4].

والمعاصي تشمل إتيان ما حرمته الشريعة من المحرمات وترك ما أوجبته من الواجبات[5]، ويدخل في التعزير: من آذى غيره بقول لا يصل إلى حد القذف بالزنى، كالشتم بالألفاظ القبيحة؛ كقوله: يا شارب الخمر، أو يا آكل الربا، وما أشبه

---

(١) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، د. علي حسن الشرفي جـ١: النظرية العامّة للجريمة، ٦٤.

(٢) المنثور في القواعد،٢/٢٩٣؛ وقال القرافي:" التأديب والزجر، إما مقدر كالحدود، أو غير مقدر كالتعزير" [تنقيح الفصول، ٤٥٩]

(٣) الأشباه والنظائر، ٢/٤٤٢، حيث قال: "من أتى معصية لا حد فيها ولا كفارة عزر".

(٤) قال ابن نجيم:" ضابط التعزير: كل معصية ليس فيها حد مقدر، ففيها التعزير". انظر:[الأشباه والنظائر، ٢١٧] وقال ابن القيم: " أما التعزير ففي كل معصية لا حد فيها ولا كفارة". انظر: [إعلام الموقعين، ١/٧٤] وقال الحمزاوي:"كلّ من ارتكب معصية لا يجب فيها الحد يُعزّر." انظر:[الفرائد البهية في القواعد الفقهية١٨٩].

(٥) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ١/١٢٨.

والمعصية تقابل الجريمة في استعمال القانونيين. [المرجع السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة، هامش (٢)]

ذلك[1]، كما يدخل في التعزير أيضًا: الإيذاء بفعل ليس له حد؛ كمن يؤذي غيره بغمز العين بقصد الإساءة، وكمن يجلس مجلس شراب الخمر[2].

والمعاصي ثلاثة أنواع: -

النوع الأول: معاصي فيها الحد ولا كفارة فيها: كالسرقة، والزنى، فعقوبة الحد في هذا النوع تغني عن التعزير ولم يشرع له كفارة، فلا كفارة في الزنى، وشرب الخمر، وقذف المحصنات، والسرقة، إلاّ أن التعزير لمّا كان الغرض منه التأديب فإنّ المصلحة العامّة إذا اقتضت التعزير في القتل العمد، كما إذا سقط القصاص لمانع من الموانع فإن لولي الأمر التعزير، لحفظ حق الجماعة وتأديبًا للجاني وزجرًا لغيره، فعن طريق التعزير يستطيع ولي الأمر أن يفرض من العقاب ما يكون كافيًا للزجر، ومانعًا للإجرام، ومصلحًا للجاني، وعلى ذلك فإن سقوط القصاص عن الجاني – كأن يكون سببه عفو صاحب الحق فيه – لا يؤدي إلى أن يفلت الجاني من العقاب المناسب لجرمه وحالته[3].

النوع الثاني: معاصي فيها كفارة ولا حد فيها: كالوطء في نهار رمضان، وهذا النوع فيه التعزير مع الكفارة[4].

النوع الثالث: معاصي ليس فيها حد ولا كفارة: كدخول الحمام بغير مئزر، وأكل الميتة، والدم، ولحم الخنزير، ونحو ذلك، وهذا النوع يجب فيه التعزير، وهو في تقديره راجع إلى اجتهاد الإمام[5]، ويدخل تحت هذا النوع: معظم المعاصي، فالمعاصي لا تعد كثرة لأنها غير محصورة، كالشروع في جرائم الحدود، وعدم

---

(١) الفرائد البهية في القواعد الفقهية، للحمزاوي،١٠٨، ١٨٩ .

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢١٧؛ الفرائد البهية في القواعد الفقهية، للحمزاوي،١٨٩.

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ١/١٣٠؛التعزير في الشريعة الاسلامية د.عبد العزيز عامر، ملتزم الطبع والنشر: دار الفكر العربي، ط٢، بدون تاريخ، ٧٧.

(٤) إعلام الموقعين، لابن القيم، ١/٧٤.

(٥) إعلام الموقعين، لابن القيم،١/٧٤.

توافر شروط إقامة الحد - كالسرقة من غير حرز - فعدم توافر شرط الحرز لا يوجب الحد[1]، كما يدخل في هذا أيضًا: الحدود التي تتوافر فيها الشبهة الدارئة لها، فإن الحد إذا سقط بالشبهة يحل محله التعزير[2].

إلاّ أنه لمّا كان التعزير تأديبًا على ذنب لا حدّ فيه فإن التعزير لا يبلغ أدنى الحدود[3]، لأن الحدود هي التي عين الشارع فيها عددًا من الضرب أو عقوبة مخصوصة كحد الزنى، والسرقة، وشرب الخمر، والحرابة والقذف بالزنى، والقتل في الردّة[4]، ولذلك فإن التعزير لا يبلغ بكل جناية حدًا مشروعًا في جنسها ويجوز أن يزيد على حد غير جنسها، بمعنى: أن الجناية إذا كانت ممّا يتعلق بالوطء - كوطء الرجل امرأته في دبرها، أو وطء الرجل أجنبية دون الفرج - فإن العقوبة يجوز أن تكون مائة جلدة إلا سوطًا وإن زادت العقوبة على حد القذف، لأن هذه جنايات من جنس الوطء، ولكنها لا تصل إلى حد الزنى، فلذلك ينقص التعزير عن حد الزنى فيما سببه الوطء، وإذا كانت الجناية تتعلق بغير الوطء - كالسرقة من غير حرز - فإن العقوبة التعزيرية لاتصل إلى حد القطع وإن ضُرب السارق من غير حرز أكثر من حد القذف، وهذا هو المراد بأن التعزير لا يبلغ أدنى الحدود وأن التعزير يكون في كل حد دون حد جنسه[5]، ولأن العقوبة على قدر الإجرام والمعصية، غير أنّ المعاصي المنصوص على حدودها أعظم من غيرها فلا يبلغ في أهون المعصيتين عقوبة أعظمهما، كما أنه ليس لأقل العقوبات التعزيرية مقدارًا؛ لأنه لو تقدرت تلك العقوبات لكانت حدًّا؛ ولأن التعزير إنما يكون على ذنب غير مقدرة عقوبته، ولأنه

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ١/١٣٢؛ الشرعيّة الجنائيّة، د.عصام عفيفي، ٩٣.

(٢) التشريع الإسلامي الجنائي، لعبد القادر عودة، ١٣٣، وانظر قاعدة درء الحدود بالشبهات، ص٢٦٧-٢٦٨. من هذا البحث

(٣) سبل السلام، للصنعاني، ٤/١٣٢٤، ١٣٢٥

(٤) انظر التطبيقات السابقة لقاعدة "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص" في جرائم الحدود وعقوباتها.

(٥) سبل السلام، للصنعاني، ٤/١٣٢٤، ١٣٢٥.

عقوبة ترجع إلى اجتهاد الإمام في اختيار الأصلح، لاختلاف ذلك باختلاف أحوال الناس وباختلاف المعاصي من حيث كبرها وصغرها وبحسب كثرة الذنب في الناس وقلته[1]، فقد زاد عمر بن الخطاب ﷺ في حد الخمر أربعين تعزيرًا لا حدًا؛ لأن الناس استخفوا بأمر الخمر وتمادوا في شربها؛ فلذلك غلّظ عقوبة شربها، بزيادة أربعين فجعلها ثمانين سوطًا[2].

وبناءً على هذا فإنه يمكن لولي الأمر تقدير ظروف المتهم عند تحديد العقوبة؛ كأن يكون مكرهًا أو مضطرًا عند ارتكاب الجريمة، فيحدد عقوبة تعزيرية في مثل هذه الأحوال تتناسب مع الجريمة وآثارها، وتتناسب مع ظروف المتهم، مع مراعاة أن يكون الباعث على العقوبات التعزيرية حماية المصالح العامّة للأمة، وأن تكون العقوبات التعزيرية حاسمة لمادة الشر أو مخفّفة له وأن لا يترتب عليها ضرر مؤكد أو فساد أشد فتكًا بالأمة؛ لأن العقوبات تهذيب وإصلاح للمجتمع عن طريق زجر المجرمين وردع غيرهم[3]، ولذلك جاز التعزير على بيع البضاعة الفاسدة، فعقوبة بائع البضاعة الفاسدة فيها مصلحة للأمة، لما في بيع البضاعات الفاسدة من ضرر على المجتمع، فكان من المصلحة معاقبته تعزيرًا[4].

---

(١) المختار والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود الموصلي، ٤/٩٢- ٩٦؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢١٨؛ المنهاج، للنووي، مع شرحه: نهاية المحتاج، للرملي، ٨/٢٢؛ المغني، لابن قدامه، ٨/٣٢٥؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢/٢٢، ٧٣؛ الطرق الحكمية في السياسة الشرعيّة، لابن قيم الجوزية، حققه وضبط نصه وفهرسه: عصام فارس الحرستاني، خرج أحاديثه وعلق عليها: حسان عبد المنان، دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٨٨م، ١٤٣؛السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ١١٩، ١٢٠ سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٤/١٣٢٦.

(٢) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢/٧٣.

(٣) الإسلام وتقنين الأحكام (دعوة مخلصة لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية) د.عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، قدّم له: الشيخ محمد أبو زهرة، ط٢، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م والكتاب موجود بكلية الحقوق-جامعة القاهرة برقم ٩٤٥٧٨ /هـ، ٢٥٠ /ع ب إ، ٣٣٥، ٣٣٧.

(٤) المبادئ العامّة للتشريع الجنائي الإسلامي، د. رائف النعيم، ٢٣.

إلاّ أنه يلاحظ أنّ التعزير وإن كان من اختصاص الأئمة لعموم ولايتهم إلاّ أنه قد يكون أيضًا لغير الأئمة، كالأب فإن له تعزير ولده الصغير للتعليم والزجر عن سيئ الأخلاق[1].

وعلى هذا يمكن القول: إن التعديل في نصوص القانون المتعلقة بأحكام التعازير ليس مفسدة، بل هو مصلحة مؤكدة؛ لأن الشارع الحكيم قد ترك أمر التعازير لولي الأمر ليقدرها بما يناسبها من الأحكام بحسب كل حالة وكل ظرف، ولو شاء لضبطها بحدود مقدرة كما فعل في شأن جرائم الحدود والقصاص، أي أن تدخل العباد في شأنها بما يرونه مناسبًا في حدود المنهج العام للشريعة هو أمر لا تأباه العدالة الشرعيَّة، بل إنها تطلبه[2].

وقد حرص المشرع اليمني على تطبيق مبدأ لا جريمة إلاّ بنص في جرائم التعزير، حيث نصَّت المادة رقم (٤١) من قانون الجرائم والعقوبات على تعريف جرائم التعازير بقولها: "الجرائم التي توجب التعزير هي كل فعل معاقب عليه بمقتضى هذا القانون"، وهذا معناه: أن هناك أفعالاً غير جرائم الحدود وجرائم القصاص والديات تعتبر جرائم في نظر القانون، إلاّ أنه لم يأت نص قانوني في إدراجها ضمن جرائم الحدود أو جرائم القصاص والديات، وذلك لكثرتها، كما حرص المشرع اليمني على تطبيق مبدأ لا عقوبة إلاّ بنص في التعازير؛ وهذا مفهوم من النصّ القانوني السابق؛ لأن القانون اليمني حينما وصف التعزير بأنه "فعل معاقب عليه" فإنه أراد بذلك شمول جرائم التعازير لكل فعل حرَّمه القانون، بشرط أن لا يكون هذا الفعل داخلاً في جرائم الحدود أو القصاص أو الديات[3].

---

(١) سبل السلام، للصنعاني، ١٣٢٦/٤؛ نيل الأوطار، للشوكاني، ٣٠٢/٧.

(٢) شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ ١: النظرية العامة للجريمة، د.علي حسن الشرفي، ٩٦

(٣) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

استنتاجات مأخوذة من مبدأ لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص

من خلال ما سبق عرضه لمبدأ: " لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص" نستنتج ما يلي:

١- أن كلاً من الشريعة الإسلامية والقانون اليمني يوجبان ألاّ جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص، وقد طبقت الشريعة الإسلامية هذه القاعدة، ولم يأت القانون اليمني بشيء جديد وإنما أخذ بالنظرية التي ابتكرتها الشريعة الإسلامية قبل أربعة عشر قرناً، إلاّ أنه لمّا كان دستور الجمهورية اليمنية يعتبر الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع[١]، فإن الأولى بواضعي النصّ الدال على شرعية الجرائم والعقوبات في القانون اليمني أن يراعوا جانب الدقة والحيطة في اشتراطهم للقانون الذي يحدد الجرائم والعقوبات بأن يكون هذا القانون منبثقاً من الشريعة الإسلامية، ليكون نص المادة الثانية من قانون الجرائم والعقوبات هو"...لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بقانون منبثق من الشريعة الإسلامية"؛ بدلاً من: "...لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بقانون"؛ فهذا الاستبدال ينسجم مع ما ورد في دستور الجمهورية اليمنية من أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع.

٢ – نستنتج من مبدأ: "لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص" أن تحديد الجرائم والعقوبات في نصوص قانونية واضحة يعتبر أسلوبًا يُيَسِّر التعرف على أحكام الجرائم والعقوبات؛ ليسهل العمل بها، وليسهل مراقبة القضاة في سلامة تطبيقها[٢].

٣ – أن مبدأ: "لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص" يقتضي تعيين العقوبات في جرائم الحدود تعييناً دقيقاً، وهذا يفيد في أنه ليس للقاضي أية حرية في اختيار نوع العقوبة أو تقدير كمها أو إنقاصها أو استبدال غيرها بها، كما أن تعيين جرائم القصاص

---

(١) هذا ما نصَّت عليه المادة الثالثة منه، بقولها:" الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات".

(٢) شرح الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٩٦

والديات والنص عليها وعلى عقوبتها يفيد في أنه ليس للقاضي حرية في اختيار العقوبة أو تقديرها، فمهمته أن يوقع العقوبة المقررة إذا ثبت لديه أن الجاني هو الذي ارتكب الجريمة، إلاّ أن القاضي ملزم بأن لا يطبق عقوبة القصاص أو الدية إذا عفا المجني عليه أو وليه، وعليه أن يطبق العقوبة التي يوجبها ولي الأمر في حالة العفو عن القصاص والدية، فعقوبة القصاص أو الدية – وإن كانتا من العقوبات المقدرة – إلاّ أنهما مقدرتان حقًا للأفراد، ومن ثم كان للمجني عليه أو وليه العفو عن العقوبة؛ لأنها حقّه، وصاحب الحق يستطيع أن يستوفيه وأن يتركه[1].

رابعًا: أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يفيد في عدم جواز سنّ قوانين تتعلق بالحدود والقصاص والديات والأروش مخالفًا الشريعة الإسلامية.

وتوضيح ذلك: أن ما يتعلق بالحدود والقصاص والديات والأروش تعتبر من الأمور المنصوص على جرائمها وعقوباتها نصًّا دقيقًا محددًا، وهي أحكام لا تتبدل ولا تتغير، في حين أن الأحكام المتعلّقة بالتعازير لم يضبطها الشارع بحدود مقدّرة، كما هو الشأن في جرائم الحدود والقصاص، لأن جرائم التعزير كثيرة لا حصر لها؛ وهي كلها معاصي، وإنما ترك أمر تجريمها لولي الأمر (السلطة العامّة في المجتمع)[2].

وبناء على ذلك فإنه لا ينفع تعليل إلغاء أحكام الحدود والقصاص في الشريعة الإسلامية، بحجة أن التطورات في عصرنا الحاضر والضرورات الاجتماعيّة والاقتصادية تحد من مفعول مبدأ القصاص الشرعي، من حيث وجوب الاستفادة من حياة القاتل خلال سجنه لصالح المجتمع كتعويض للمجتمع عمّا لحقه من ضرر بارتكابه لجريمة القتل بدلاً من فقدان المنافع المحتملة من الجاني بإعدامه[3]،

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ١/١٢١، ١٢٤، ١٢٥.

(٢) دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي الإسلامي د.محمود نجيب حسني، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م، ٨

(٣) شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص، د.حسن علي مجلي، ٢٣٩

فمثل هذه التعليلات لا تنهض؛ لأنها تعليلات في غير محلها؛ لأن هذا يتعارض مع التطبيق الدقيق لمبدأ شرعية التجريم والعقاب في الشريعة الإسلامية الذي يقضي باستناد التجريم والعقاب إلى نصوص شرعية.

خامسًا: أن عدم نص الشريعة على كل جرائم التعزير وعدم تحديدها بشكل لا يقبل الزيادة والنقصان كما فعلت في جرائم الحدود وجرائم القصاص والديات يفيد في ترك أولي الأمر في الأمة يضعون قواعد لتنظيم الجماعة والعقاب على مخالفة تلك القوانين بما يرونه – بحسب الظروف – أنه ضار بصالح الجماعة أو أمنها أو نظامها، بما يتفق مع نصوص الشريعة ومبادئها العامّة ومقاصدها[1]، والعلة في ذلك: هي الضرورات الاجتماعيّة، فحماية نظام الجماعة ومصالحها العامّة تقتضي نصوصًا مرنة تلائم كل وقت وكل ظرف وحالة، مع ما في ذلك من قمع كل من تحدثه نفسه بإلحاق الضرر بالجماعة أو بنظامها؛ لأن الجاني إذا استطاع أن يفلت من أحكام النُصوص الجامدة فلن يستطيع بحال أن يفلت من النُصوص المرنة، كما أنّ عدم النصّ على كل جرائم التعزير يفيد كثيرًا في البحث لمعرفة المعاصي، وذلك عن طريق الاطّلاع والدراسة لمسايرة المستجدات، فالجرائم تتطور أشكالها بتطوُر المجتمعات، وليس يعيب الشريعة في شيء أن المعاصي لم تجمع في كتاب واحد فإن العبرة ليست بجمع الجرائم في كتاب خاص بها، وإنمّا العبرة بالنص على الأفعال المعتبرة جرائم وعلى عقوباتها، على أنه ليس في الشريعة ما يمنع أولي الأمر من جمع المعاصي في كتاب خاص تبيَّن فيه واحدة واحدة ومرتبة بحسب نوعها، أو غير ذلك من أوجه الترتيب والتنظيم مادام المقصود الاطّلاع على المعاصي وتيسير العلم بها[2].

أي أن قاعدة: "**لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص**" وإن اختلف تطبيقها في التعزير عمًا هو عليه في الحدود والقصاص إلاّ أنها تفيد في أن تكون صياغة القانون

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ١/١٢٧ – ١٢٨.

(٢) السابق، ١/١٣٣.

لجرائم غير الحدود والقصاص صياغة مرنة، بحيث يكون النصّ عند تحديد جرائم التعزير نصًا عامًا مرنًا إلى حد كبير، بحيث ينطوي تحته كل ما يمكن تصوره من الحالات ولا يخرج عن حكمه أية حالة[١]، ووجه ذلك: أنّ الجرائم تختلف أساليبها باختلاف الأحوال، وذلك كتجريم الربا، فإن الربا تختلف أساليبه من بيئة إلى أخرى، وكالتجسس فإن أساليبه تختلف من شخص إلى آخر ومن دولة إلى أخرى؛ فالمرونة في مثل هذا تأتي من تجريم الفعل بوصفه لا بذاته، فلمرونة النصوص أثرها البالغ في صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان، واستغنائها عن التعديل والتبديل، لأن النصوص المحدودة تقتضي تغييرًا وتبديلاً.

سادسًا: أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يفيد في تحقيق العدالة والمساواة

لمّا كانت شرعية العقوبة يقصد بها: ضرورة النصّ عليها بتحديد نوع العقوبة ومقدارها، فإنّ هذا يقتضي أنه ليس للقاضي فرصة التعسف بالناس في العقوبات بما يريده هو؛ لأن الشارع هو الذي يحدد له نوع العقوبة ومقدارها[٢]، ونظرًا لما تمثله العقوبات من مساس خطير بالحقوق والحريات فإن في مبدأ: "لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص" حماية للإنسان من خطر التجريم والعقاب بغير نص[٣]، كما أنه يترتب على مبدأ الشرعيّة الجنائيّة: أنه ليس للقاضي أن يقضي بعقوبة جريمة

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة ، ١/١٦١.

(٢) الشرعيّة الجنائيّة كضمان للحرية الفردية (دراسة في التشريع الأردني) د.نظام توفيق المجالي، مجلة الحقوق، السنة (٢٢) العدد (٤) رمضان، ١٤١٩هـ - ديسمبر ١٩٩٨م، مجلة تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ١٩٦؛ النظرية العامّة للعقوبات والتدابير الاحترازية بين الشريعة والقانون، دراسة مقارنة، للمستشار: عزت حسنين؛ الهيئة المصرية العامّة للكتاب، ١٩٩٨م، ٢٠٩؛ الإسلام وتقنين الأحكام، د.عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، ٢١٨؛ السياسة الجنائيّة في الشريعة الإسلامية، د.أحمد فتحي بهنسي، ٣٤٢، ٣٤٣؛ الأحكام العامّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات والشريعة الإسلامية، د.طاهر العبيدي، ١٤، ١٥.

(٣) القاعدة الجنائيّة على بياض، د.عصام عفيفي،٥.

في جريمة أخرى[1]، ولذلك كله فإن الشرعيَّة الجنائيَّة تتفق وقواعد العدالة والمساواة؛ لأن الشرعيَّة الجنائيَّة تتضمن تحقيق المساواة بين جميع الناس أمام القانون سواء بسواء، حيث إنَّ حصر مصادر التجريم والعقاب في القانون مؤداه أن يفصل هذا القانون بين المشروع وبين غير المشروع، فيصبح أفراد المجتمع آمنين من العقاب وعلى نحو يمكنهم من المساهمة في نشاط المجتمع، بحيث يكون النشاط الذي يباشره الفرد – ولو لم يكن مجرمًا وقت إتيانه – في مأمن من المسئولية الجزائيَّة، وأن الجميع سواء أمام هذا النص، فضلاً عن أن تحديد الجريمة والعقوبة بنصوص قانونية واضحة يجعلها مقبولة من أفراد المجتمع، باعتبار أن ذلك جالبًا للمصلحة العامَّة، فالعقوبة خطيرة لما فيها من أذى، وهي بغيضة إن كانت وفق الأهواء، أماً إذا وقعت باسم القانون وطبقا لنصوصه فهي عادلة ومشروعة[2]، وعليه: فإن قاعدة الشرعيَّة توفر العدالة؛ لأنها تحمي غير المجرمين الذين اختاروا المسالك المشروعة.

سابعًا: أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يفيد في تفاوت العقوبات بتفاوت الجنايات

لمّا كانت الجنايات على درجات متفاوتة في شدة الضرر وخفته كان لابد من تفاوت مراتب العقوبات، ولو وُكل الناس إلى عقولهم في معرفة ذلك وفي ترتيب كلّ عقوبة على ما يناسبها من الجناية لذهبت بهم الطرق كلّ مشعب ولعظم الاختلاف واشتد الخطب، فكفاهم الله تعالى مؤنة ذلك وأزال عنهم كلفته وتولى بحكمته ورحمته تقدير العقوبات، ورتب على كل جناية ما يناسبها من العقوبة ويليق بها من النكال.

وبناءً على ذلك فإنه ليس للقاضي أن يستبدل العقوبة المنصوص عليها في جريمة بذاتها بعقوبة أخرى؛ لأن التسوية في العقوبات مع تفاوت الجرائم غير مستحسن، بل مناف للحكمة والمصلحة، فإنه إن سُوّي بين المجرمين في أدنى

---

(١) السياسة الجنائيَّة في الشريعة الإسلامية، د.أحمد فتحي بهنسي، ٣٤٣

(٢) الشرعيَّة الجنائيَّة كضمان لحماية الحرية الفردية (دراسة في التشريع الأردني) د. نظام توفيق المجالي، مجلة الحقوق، ١٦٦، ١٦٧.

العقوبات لم تحصل مصلحة الزجر، وإن سُوي بينهم في أعظمها كان خلاف الرحمة والحكمة، إذ لا يليق أن يُقتل شخص بالنظرة والقُبلة، ويقطع بسرقة الحبة، كما أن التفاوت بين العقوبات مع استواء الجرائم أمر مستقبح في الفطر والعقول، وكلاهما تأباه حكمة الرب تعالى وعدله وإحسانه إلى خلقه، ولذلك ليس للقاضي أن يعاقب الزاني بقطع فرجه الذي اكتسب به الزنى، ولا أن يعاقب القاذف بقطع لسانه الذي اكتسب به القذف، فليس من الحكمة إتلاف كل عضو وقعت به المعصية؛ لما في هذا من الإسراف والتجاوز في العقوبة وقلب مراتبها، فقطع فرج الزاني مثلاً ليس مناسبًا لعقوبة الزنى لأن الزاني إنما يزني بجميع بدنه، والتلذذ بقضاء شهوته يعم البدن وقد حصلت جريمة الزنى بجميع أجزائه فكان من العدل أن تعم العقوبة جميع البدن، فعوقب بما يعم بدنه من الجلد مرة وبالرجم بالحجارة حتى الموت مرة أخرى[1].

ثامنًا: أن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يساعد القاضي في بيان التكييف القانوني للجريمة، والالتزام بالعقوبة التي حددها القانون.

وتوضيح ذلك: أن مبدأ الشرعيَّة يفرض على القاضي عند تصديه للدعوى الجزائيَّة أن يحدد النُصوص الجزائيَّة الواجبة التطبيق على الواقعة ولا سيما تلك النُصوص التي يستند إليها في أحكام الإدانة والبراءة، إذ يجب عليه عند نظره لأية دعوى جنائية أن يعمل على بيان التكييف القانوني للجريمة وتحديدها، ويتم ذلك بإظهار العناصر المختلفة المكونة للفعل الإجرامي، وردّها إلى أصل من نص القانون واجب التطبيق على تلك الدعوى[2].

---

(١) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ١/٨.

(٢) الشرعيَّة الجنائيَّة كضمان لحماية الحرية الفردية (دراسة في التشريع الأردني) د.نظام توفيق المجالي، ١٩٥.

الفصل الثاني

قاعدة: تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن

ويشتمل على:

- **المبحث الأول:** قاعدة: تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما والقواعد ذوات الصلة بها في الشريعة الإسلامية.
- **المبحث الثاني:** قاعدة: تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما والقواعد ذوات الصلة بها في القانون اليمني.
- **المبحث الثالث:** أمثلة تطبيقية للإفادة من قاعدة: تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما والقواعد ذوات الصلة بها في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني.
- **المبحث الرابع:** بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة: تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما والقواعد ذوات الصلة بها في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني.
- **المبحث الخامس:** أمثلة تطبيقية للإفادة من قاعدة: تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما والقواعد ذوات الصلة بها في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني.
- **المبحث السادس:** بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة: تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما والقواعد ذوات الصلة بها في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني.
- **المبحث السابع:** أمثلة تطبيقية للإفادة من قاعدة: تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما في قانون الجرائم والعقوبات اليمني.
- **المبحث الثامن:** بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة: تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما والقواعد ذوات الصلة بها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

المبحث الأول

قاعدة: تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما والقواعد ذوات الصلة بها في الشريعة الإسلامية

من القواعد الأصولية المتعلّقة بالحكم الشرعي: "**قاعدة اجتماع الحلال والحرام**"[1]، إذ إنَّ من متعلقات الحكم الشرعي: الحرام والإباحة، فهذه القاعدة تبحث فيما يجب اتّباعه عند اجتماع الحلال والحرام في قضية بعينها؛ ولكن لمّا كان الحظر من مرادفات الحرام فإن هذه القاعدة تسمى أيضًا: "**قاعدة الحظر والإباحة**"[2]؛ ولذلك لابُدَّ من توضيح معناها؛ ودراسة بعض القواعد المتعلّقة بها، وذلك على النحو التالي:ـ

أولاً: معنى قاعدة: تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما

قاعدة: تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما تعني: أنه إذا اجتمع الحلال والحرام فإنه يغلّب الحرام، ويكون العمل بما يقتضيه التحريم أولى، وهذا ما ذهب إليه الجمهور، فهو قول الحنفية[3]، وأكثر المالكية[4]، والشافعية[5]، والصحيح

---

(١) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢٠٢/١.

(٢) القواعد، للحصني، ٩٠/٢.

(٣) أصول السرخسي، لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، حقق أصوله وعلق عليه: د. رفيق العجّم، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت -لبنان، ط١، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ٢٢/٢، كشف الأسرار، للنسفي، ٩٩/٢، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٢١، شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون بهامش كشف الأسرار، للنسفي،٩٩/٢.

(٤) تنقيح الفصول، للقرافي، ٤١٧؛ وشرحه، للمؤلف نفسه، ٤١٨.

(٥) المحصول، للرازي، ١٩٤/٢، الإحكام، للآمدي، ٣٧٢/٢، الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ١١٣/١، التمهيد، للإسنوي، ٦١٣، المنثور في القواعد، للزركشي، ٥٠/١، القواعد، للحصني، ٩٠/٢، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢٣٧/١.

عند الحنابلة، وهو مذهب الإمام أحمد، وقول القاضي أبي يعلى الفراء(١)، وهو الرأي المرجح عند الزيدية(٢)، ونسبه الآمدي إلى أكثر العلماء، ورجّحه(٣).

ومن أشهر القواعد المعبّر بها عن هذا المعنى قاعدة: "**إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِّب الحرام**"(٤)، وقد أوردها العلماء في كتبهم في أغلب المذاهب الإسلامية(٥)، ولن نقف عند ذلك لاتحاد معنى القاعدة، وإن اختلفت العبارات فهو اختلاف عبارة لا اختلاف معنى، وبناء على هذا فإنّ القاعدة تعني: أنه إذا وجد في

---

(١) روضة الناظر، لابن قدامة، وبهامشه: نزهة الخاطر العاطر، لعبد القادر بدران، ٤٦٣/٢.

(٢) معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى، في مقدمة البحر الزخار للمؤلف نفسه، ٢٠٢/١، إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٤٢٤، نبذة مختصرة من كتاب شذور الذهب في تحقيق المذهب، لعبد الله بن الحسين دلامة في مقدمة كتاب شرح الأزهار، لابن مفتاح ١٥/١.

(٣) الإحكام، ٣٧٢/٢، وهذا ما رجحه ابن الأمير الصنعاني أيضًا، وذكره عن الجمهور. [إجابة السائل، ٤٢٤].

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٢١، الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ١١٣/١، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢٣٧/١، جامعة الفوائد في الضوابط والقواعد، لأبي طاهر السواكني، ١٣.

(٥) انظر من تلك العبارات، على سبيل المثال ما يلي:-

أ- "ما اجتمع محرم ومبيح إلاّ غلب المحرّم". انظر: [الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٢١؛ وانظر مثل ذلك: الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٢٦١].

ب- "إذا اجتمع حظر وإباحة غلب جانب الحظر". انظر: [القواعد، للحصني، ٩٠/٢، مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، مطبعة الجمهورية، الموصل، ١٩٨٤م، ٥٧٧/٢].

ج- "إذا اجتمع الحلال والحرام أو المبيح والمحرم غُلّب جانب الحرام". انظر: [المنثور في القواعد، للزركشي، ٥٠/١].

د- "إذا تعارض الحاظر والمبيح قدّم الحاظر لأنه أحوط". انظر: [روضة الناظر، لابن قدامة، ٤٦٣/٢].

هـ- "إذا تعارض ما يقتضي الوجوب وما يقتضي الندب فإنه يرجح الوجوب؛ لما في ذلك من الاحتياط". انظر: [إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٤٢٨].

فكل هذه العبارات لا تناقض فيما بينها، حيث يظهر فيها جميعًا تقديم جانب الحظر على الإباحة عند اجتماعهما في حكم.

مسألة حكمان؛ أحدهما يقتضي الحل، والآخر يقتضي الحرمة، فإنه يغلّب العمل بالحكم المقتضي للحرمة.

تعليل تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما

من التعليلات المؤيدة لتغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما ما يلي:-

١ - أن قاعدة: "**إذا اجتمع الحلال والحرام غُلّب الحرام**" من القواعد المشهورة، و العمل بها صحيح؛ بدليل تفرع كثير من المسائل عليها، وأنه لم يخرج عنها إلاّ ما ندر[١].

٢ - أن الغالب من التحّريم إنّما هو لدفع مفسدة ملازمة للفعل، أو أن في ذلك تقليلاً للمفسدة لما يتضمنه الحرام من المفاسد، وفي الوجوب تحصيل منفعة ملازمة للفعل، أو أن في ذلك تكميلاً للمنفعة، واعتناء الشارع بدفع المفاسد أعظم من اهتمامه بجلب المصالح، فيقدم الحظر على الوجوب عند التعارض، حتى لا يؤدي الإقدام على المحظور إلى المفاسد[٢].

٣ - أن ترجيح جهة الحظر على الوجوب موافق لأصل العدم في الأشياء، ولو رُجّح الوجوب على الحظر لكان هذا خلاف الأصل[٣].

٤ - أن الإباحة لمّا كانت أصلاً في الأشياء فإنه إذا اجتمع الحاظر والمبيح في حكم فإن العمل بما يقتضيه الحظر أولى، فالحاظر يكون ناسخاً للإباحة الأصلية، فيكون الحاظر متأخراً، والعمل به أولى[٤]، بمعنى: أن دلالة ترجيح ما يوجب الحظر على

---

(١) الإحكام، للآمدي، ٢/٣٧٣، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٢٣٧، ٢٣٨.

(٢) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٤١٨، التمهيد، للإسنوي، ٦٣١، معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى، في مقدمة البحر الزخار، للمؤلف نفسه، ١/٢٠٢، إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٤٢٤.

(٣) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٤١٨.

(٤) كشف الأسرار، للنسفي، ومعه شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون، بهامشه، ٢/٩٩.

الإباحة يعتبر من قبيل الترجيح بدلالة التاريخ، فالحاظر دليل علـــى نـسخ المبـــيح، باعتباره متأخرًا عن الموجب للإباحة، فلذلك يكون الأخذ بالحاظر أولى مـــن الأخـــذ بالمبيح(١).

٥ – أن ترجيح الحظر على الإباحة يُخرج الإنسان عن عهدة ارتكاب المحظور وإن لم يشعر به، فالحظر أهون للإنسان للخروج عن العهدة، بخلاف الوجوب والإباحـــة، فلا بد فيهما من الشعور حتى يخرج الإنسان عن العهدة(٢).

مناقشة بعض العلماء لقاعدة تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما

المناقشة الأولى:

ناقش بعض العلماء قاعدة: تغليب التحريم على التحليل عنـــد اجتماعهمـــا بقولهم: إنه إذا تعارض الحظر والإباحة فإنّه يتعين العمل بالإباحة، وهذا ما ذهب إليه قليل من المالكية(٣)، وبعض الحنابلة(٤)، وبعض الزيدية(٥)، وعلّلوا مناقشتهم هذه فـــي تقديم العمل بالإباحة عند تعارض الحظر والإباحة بقاعدة الأصل في الأشياء الإباحة، وأن إعمال الإباحة أولى من إهمال الحكم بالكلية، وهو الحظر(٦)، فما دام أن الأصل في الأشياء الإباحة فإن التمسك بهذا الأصل حجة لرفع تعارض مقتضى الحظر مـــع الإباحة.

الجواب عن هذه المناقشة:

هذه المناقشة يمكن الجواب عنها بما يلي: –

---

(١) أصول السرخسي، ٢/٢٢.

(٢) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٤١٨.

(٣) هذا ما ذكره القرافي عن أبي الفرج من المالكية. انظر: [تنقيح الفصول، ٤١٧].

(٤) نزهة الخاطر العاطر، لعبد القادر بدران -بهامش روضة الناظر، لابن قدامة- ٢/٤٦٣.

(٥) إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٤٢٤.

(٦) تنقيح الفصول، للقرافي، ٤١٧؛ إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٤٢٤.

١ – أن تقديم العمل بالمبيح وترجيحه عند تعارضه مع وجود المحرم يعني أن الحرمة هي الأصل في الأشياء، وأن المحرم هو المتقدم في الزمان، وهذا خلاف ما ذهب إليه الجمهور من أن الإباحة هي الأصل في الأشياء؛ وبهذا يندفع القول بتقديم العمل بالمبيح على تقديم العمل بالمحرّم عند التعارض[1].

٢ – أن التمسك بقاعدة: "**الأصل في الأشياء الإباحة**" إنما يكون عند عدم ورود دليل في الشيء المطلوب معرفة حكمه، فحينئذ يستصحب أصل الإباحة[2]، أما عند تعارض ما يقتضي الحل مع ما يقتضي التحريم فالحكم موجود، ولكن حسمه لم يتضح، فكان الأخذ بالتحريم هو ما يقتضيه الاحتياط.

المناقشة الثانية:

ناقش بعض العلماء قاعدة تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما بقولهم: إنه إذا تعارض مقتضى الحظر ومقتضى الإباحة فإن المجتهد يتخير بين الأخذ بالحظر وبين الأخذ بالإباحة، وهذا ما ذهب إليه قليلٌ من المالكية أيضًا، وعلّلوا مناقشتهم هذه في تخيير المجتهد بين الأخذ بالحظر وبين الأخذ بالإباحة عند تعارض مقتضاهما، بأنّ العمل بالدليل الشرعي واجب بحسب الإمكان، والتخيير بين الحظر وبين الإباحة إعمال للدليل الشرعي[3].

الجواب عن هذه المناقشة:

أجيب عن هذه المناقشة: بأن التخيير بين الحظر وبين الإباحة إعمال لدليل الإباحة وهو ترجيح بلا مرجّح[4].

---

(١) نزهة النواظر، لابن عابدين (حاشية على الأشباه والنظائر، لابن نجيم) هامش (١) ص١٢١، من الأشباه والنظائر، لابن نجيم.

(٢) انظر قواعد الاستصحاب في الفصل الثاني من الباب الثالث من بحثنا هذا.

(٣) هذا ما ذكره القرافي عن الباجي [تنقيح الفصول وشرحه، ٤١٧– ٤١٨].

(٤) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٤١٨.

وقد رُدَّ على هذا الجواب: بعدم التسليم بأن التخيير ترجيح للإباحة، بل إن تخيير المجتهد بين الأخذ بالحظر وبين الأخذ بالإباحة عند تعارض مقتضاهما ناشئ عن التساوي، لا عن أمارة الإباحة، ولذلك لا يلزم الترجيح من غير مرجح[1].

ويرى الباحث أن الخروج من هذا التنازع الذي يجر نزاعًا إلى آخر ومناقشات إلى أخرى يتمثل في الأخذ بالاحتياط الذي يقتضي العمل بالحظر وتقديمه على العمل بالإباحة، فمن الاحتياط: الابتعاد عن المحرم ما استطاع الإنسان إليه سبيلاً.

المناقشة الثالثة:

ناقش بعض العلماء قاعدة: تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما، بقولهم: إن ترك العمل بمقتضى الحظر ومقتضى الإباحة معًا هو مقتضى تعارضهما مع عدم وجود مرجِّح لأحدهما[2]، وعلّلوا مناقشتهم هذه في ترك العمل بمقتضى الحظر ومقتضى الإباحة معًا عند تعارضهما بعدم المرجح للعمل بأحدهما على الآخر، فهما على السواء، وإذا تساويا تساقطا ولا يعمل بأحدهما إلا بمرجِّح[3]، ونتيجة لهذا التعارض وعدم المرجِّح فإن المجتهد لم يحصل في نفسه العلم – أو الظن – بالحظر أو الإباحة، ولذلك لا يجوز له الفتيا مع فقد العلم أو الظن بالعلم بالحكم[4]، وحيث إنَّ الحظر والإباحة متعارضان ولم يتحقق العلم أو الظن بالعلم بأحدهما ولا يوجد مرجح لأحدهما فإنَّ هذا يقتضي ترك العمل بأي منهما، ولأن العمل بأحدهما في هذه الحال يترتب عليه استحقاق العقاب، فترجيح العمل بالحظر يتضمن استحقاق

---

(١) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٤١٨.

(٢) تنقيح الفصول، للقرافي، ٤١٧، الإحكام، للآمدي، ٣٧٢/٢، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٦٣٠، معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى –في مقدمة كتابه البحر الزخار– ٢٠٢/١.

(٣) المصادر السابقة، نفس الأجزاء، نفس الصفحات.

(٤) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٤١٨.

العقاب على الفعل وترجيح العمل بالموجب يتضمن استحقاق العقاب علـــى التـــرك، وحيث إنَّ كلاً من المحرم والواجب متعارضان ولا مرجح لأحدهما فإنَّ ترك العمـــل بأي منهما هو الأولى(١).

الجواب عن هذه المناقشة:

أجيب عن هذه المناقشة: بأن ترك العمل بـــالحظر والإباحـــة معًـــا عنـــد تعارضهما وتساقطهما يعتبر إلغاء للحظر والإباحة معًا، وهذا يعتبـــر إلغـــاء للـــدليل كلية(٢)، ويبدو أن هذه المناقشة لم تكن مستحسنة عند العلماء، بدليل نقل بعضهم لهـــا بصيغة التقليل، كقولهم: "وأما الترجيح بالمدلول فـــالحظر علـــى الإباحـــة، وقيـــل: سواء"(٣).

تعقيـــــــب:

من خلال ما سبق عرضه لمناقشة بعض العلماء في قاعدة: اجتماع الحلال والحرام يرى الباحث أن معنى قاعدة: "**إذا اجتمع الحلال والحـــرام غُلِّـــب الحـــرام**" يقتضي تغليب جانب الحرام إذا اجتمع مع الحل في مسألة معينة؛ لعدم نهوض مناقشة بعض العلماء لهذا المعنى، ولما يلي:ـــ

١ – لأن في تغليب الحظر على الإباحة إعمال لليقين وطرح للـــشك، اســـتنادًا إلـــى قاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**"(٤)، وترك المحرم واجتنابه أمر واجب فـــي حـــين أن الإقدام على المباح ليس كذلك، فكان الاحتياط وعدم الـــشك يقتـــضي تـــرك الحـــرام واجتنابه؛ لأن هذا أحرص للإنسان من الإقدام على الشيء المحرم مع عدم اليقين من

(١) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٦٣٠.
(٢) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٤١٨.
(٣) معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى – في مقدمة كتابه البحر الزخار– ٢٠٢/١.
(٤) انظر بالتفصيل في هذه القاعدة: المبحث الثالث من الفصل الثاني من الباب الثالث من بحثنا هذا.

حلّه ووجود الشك في حكمه، ولذلك كان اجتناب المحرم وتركه هو خروج من الشك واحتياط من الوقوع في المحظور وابتعاد عنه.

٢ – أن الابتعاد عن المحظور مع تعارضه مع الحل وعدم المرجح لأي منهما يعتبر من الورع، و"الورع من قواعد الدين"[١]، ويدل على الورع والبعد عن المشتبهات: ما روي عن النعمان بن بشير عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**الْحَلَالُ بَيِّنٌ وَالْحَرَامُ بَيِّنٌ، وَبَيْنَهُمَا مُشَبَّهَاتٌ...**»[٢]، فهذا "أحد الأحاديث التي عُدّت من أصول الدين... وهو أصل كبير في الورع وترك المتشابهات في الدين"[٣]، ومعنى: "فمَنْ اتَّقى المشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه": أي طلب براءة دينه، وسلم من الشبهة، ومعنى: "فمَنْ وقع في الشبهات كراعٍ يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعه": يحتمل أمرين: أحدهما: أن يقع في الحرام وهو يظن أنه ليس بحرام، والثاني: قد قارب أن يقع في الحرام، وأن كل محرم له حمًى يحيط به، فالفرج محرم وحماه الفخذان لأنهما جعلا حريمًا للمحرَّم، وكذلك الخلوة بالأجنبية حمى للمحرم، فيجب على الشخص أن يجتنب الحريم والمحرَّم[٤].

٣ – أن الإقدام على الحرام موجب للإثم بخلاف المباح، والأولى للمرء الخروج ممَّا يوجب الإثم، فكان في الأخذ بمقتضى الحظر احتياطاً للبعد من الوقوع فيما يوجب الإثم، وذلك كاحتياط الرجل بعدم وطء جميع زوجاته إذا طلق إحداهن أو بعضهن وشك في المطلقة منهن حتى يتبين حالهن، تقديمًا للحرمة على الإباحة[٥].

٤ – أن تغليب الحظر على الإباحة عند اجتماعهما وتعارضهما بلا مرجح يعتبر من

---

(١) الحلال والحرام وبعض قواعدهما في المعاملات المالية، لابن تيمية، ١٥.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص١٢٦ من بحثنا هذا والحمى: "ما يحميه الغير من الحشيش في الأرض المباحة، فمن رعى حول الحمى يقرب أن تقع فيه ماشيته فيرعى فيما حماه الغير، بخلاف ما إذا رعى إبله بعيدًا عن الحمى". انظر: [شرح الأربعين النووية، ٢٦].

(٣) إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ٦٦١.

(٤) شرح الأربعين النووية، ٢٥-٢٦.

(٥) الإحكام، للآمدي، ٢/٣٧٢-٣٧٣، وانظر في ذلك على وجه التفصيل: تطبيقات هذه القاعدة في المبحث الثالث من هذا الفصل.

فتبين سد الذرائع، فتركنا المباح فيه تجنب للوقوع في المحرم – كما في ترك الرجل نكاح جميع زوجاته عند اشتباه المطلقة بغيرها – لأن القصد منه سدُّ ذريعة ارتكاب المحرم، وقد قال رسول الله ﷺ: «... **كَراعٍ يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يُوَاقِعَهُ**»[1]، وترك المباح عند اجتماعه مع المحرم سبيل إلى اجتناب الوقوع في المحرم، ولهذا قال السيوطي: "قال الأئمة: وإنما كان التحريم أحب؛ لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم"[2].

٥ – أن في تغليب جانب الحظر على الإباحة عند اجتماعهما وتعارضهما تطبيقًا سليمًا لقاعدة: "**درء المفاسد أولى من جلب المصالح**"[3]؛ لأن تغليب المصلحة الراجحة على المفسدة المرجوحة هو ما تتضمنه قاعدة تغليب جانب الحظر على الإباحة، إذ إنَّ الغالب من الحرام هو دفع مفسدة، بينما الغالب من الإباحة تحصيل منفعة "مصلحة"، واهتمام الشارع بدفع المفاسد أولى وأعظم من الاهتمام بتحصيل المصالح، والغالب على طبيعة البشر الميل إلى ترك المباح إذا كان الإقدام على ذلك المباح سيؤدي إلى مفسدة، مع ما في ترك المباح من اليسر والسهولة، بعكس الحرج الذي يوقعه الإقدام على المحرَّم.

ثانيًا: القواعد المتعلِّقة بقاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِّب الحرام"

من القواعد التي يمكن القول بأن لها صلة بالقاعدة الأصولية: "إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِّب الحرام" القواعد التالية: –

١ – "**إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع**"[4]: المقتضي: هو ما يكون علة في

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص١٢٦.

(٢) الأشباه والنظائر، ١/٢٣٨.

(٣) الأشباه والنظائر لابن السبكي، ١/١٠٥.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٣٠، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٢٥٧، جامعة الفوائد في الضوابط والقواعد، لأبي طاهر السواكني، ١٣، وهذه القاعدة وردت في المادة (٤٦)، في مجلة الأحكام العدلية. انظر: [درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، لعلي حيدر، ١/٤٧].

ثبوت الحكم، كالملكية، فإنها علة في التصرف المشروع ونفاذه[١]، والمانع: هو العلة التي توجب عدم تأثير المقتضي لسبب مشروع[٢]، ومعنى القاعدة: أنه إذا اجتمع في شيء مقتضيه ومانعه وتعارضا فإنه يقدم المانع ويكون العمل به، لأن المقتضي هو علة لذلك الشيء، والعلة لا تؤثر في المعلول إلاّ متى انتفت الموانع[٣]، أي أنه إذا وجد في مسألة سبب يستلزم العمل بالحكم مع سبب آخر يمنع العمل بالحكم، فإنه يقدم العمل بالمانع من الحكم على المقتضي[٤]، ووجه صلة هذه القاعدة بقاعدة: "**إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِّبَ الحرام**": هو اتحاد المعنى، فالمعنى الذي تضمنته قاعدة: "**إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِّبَ الحرم**" ينطوي تحته معنى قاعدة: "**إذا تعارض المانع والمقتضي قدم المانع**"، فتغليب العمل بالمحرَّم عند اجتماعه مع الحلال يعني تغليب المنع من الإقدام على الشيء إذا تعارض مع الحلّ فيه.

ومثال تقديم المانع على المقتضي عند تعارضهما: أنه لو أقرّ الشخص لوارثه ولأجنبي معه في مرض موته بشيء فإن الإقرار لا يصح؛ لأن الإقرار في مرض الموت للوارث يكون مانعًا من صحة الإقرار[٥]، لأن المقتضي لصحة الإقرار هو كون المُقَرُّ له أجنبيًا، والمانع من صحة الإقرار في حالة مرض الموت هو وجود الوارث، فإقرار الشخص لوارثه في مرض الموت فيه تهمة المحاباة لهذا الوارث المقر له وحرمان الآخرين من الورثة، فيكون ذلك مانعًا من صحة الإقرار، فشبهة

---

(١) الفقه الإسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية، محاضرات ألقاها الأستاذ/محمد شفيق العاني على طلبة قسم الدراسات القانونية، معهد الدراسات العربية العالية، جامعة الدول العربية، ١٩٦٥م، مطبعة لجنة البيان العربي، ١٠٨.

(٢) الفقه الإسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية، للأستاذ/محمد شفيق العاني، ١٠٨.

(٣) الفقه الإسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية، للأستاذ/محمد شفيق العاني ، ١٠٨، ١٠٩.

(٤) درر الحكام، لعلي حيدر، ٤٧/١.

(٥) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

لتهمة المحاباة للوارث كانت سببا في تقديم المانع، ودرء الشبهات من الاحتياط.

٢ – "**تعارض الموجب والمسقط يغلب المسقط**"[١]: ومعنى هذه القاعدة مقارب لسابقتها، فهي تعني: أنه إذا تعارض في مسألة ما يوجب العمل بشيء مع ما هو مسقط له فإنه يغلب المسقط، ووجه صلة هذه القاعدة بقاعدة: "**إذا اجتمع الحلال والحرام غلّب الحرام**" ظاهر لا يخفى، فالصلة بينهما قائمة في اتحاد المعنى، وتتضح الصلة بين القاعدتين من خلال إسقاط الحدود بالشبهات، وذلك احتياطا من الإقدام على الحد مع وجود شبهة مسقطة له، كما أنّ الصلة بينهما قائمة من جهة أن أساس تغليب الحرام والمسقط هو الاحتياط.

٣ – "**ترجيح الدارئ على الموجب في الحدود**"[٢]: وهي تعني: أن درء الحدود مقدم على إيجابها عند وجود الشبهات، احتياطا، لأن الخطأ في نفي الحدود أسهل من الخطأ في إثباتها[٣]، وهذه القاعدة توضحها قاعدة درء الحدود بالشبهات، وهي:

٤ – "**الحدود تسقط بالشبهات**"[٤]، أو "**تدرأ بالشبهات**"[٥]: وهي كسابقتها، فهي تعني:

---

(١) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢١٣/١.

(٢) إحكام الفصول، للباجي، ٦٨٥/٢، روضة الناظر، لابن قدامة، وبهامشه: نزهة الخاطر العاطر، لعبد القادر بدران، ٤٦٥/٢، معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى- في مقدمة كتابه البحر الزخار- ٢٠٢/١، إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٤٢٨، قاموس الشريعة، لجميل بن خميس السعدي، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ٢٥٢/١.

(٣) المصادر السابقة، نفس الأجزاء، نفس الصفحات.

(٤) أحكام القرآن، لابن العربي، ٦٠٧/٢، الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢٧١/١، جامعة الفوائد في الضوابط والقواعد، لأبي طاهر السواكني، ١٦.

(٥) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٤٢، المغني، لابن قدامة، ١٨٧/٨، ويقال: "الحدود تسقط بالشبهة". انظر: [المنثور في القواعد، للزركشي، ٢٨٦/١]، وتسمى هذه القاعدة بقاعدة "الشبهات الدارئة للحدود" انظر: [القواعد، للحصني، ٧٥/٤]. وانظر في العمل بالقاعدة: [الأحكام السلطانية، للماوردي، ٣٧١].

أنه إذا اجتمع ما يوجب الحد مع ما يسقطه فإن الحد يدرأ، لوجود الاشتباه وعدم اليقين من وجوب الحد للجهل بالدليل القطعي الذي يورث شبهة مسقطة للحد، وهذا هو المعنى الإجمالي للقاعدة، أما المعنى التفصيلي فسيأتي عند تطبيقات هذه القاعدة في الجرائم والعقوبات، ووجه صلة هاتين القاعدتين بقاعدة: "**إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِّب الحرام**": هو اجتماع هاتين القاعدتين مع قاعدة: "**إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِّب الحرام**" في المعنى المنظور إليه من منع الإقدام على الحرام عند تعارضه مع الحلال، والمعنى المنظور إليه من منع الإقدام على الحدود عند وجود الشبهات هو الاحتياط.

٥ - "**المنع من واحد مبهم من أعيان أو معين يؤثر الاشتباه فيها المنع بمنع التصرف في تلك الأعيان مشتبهة قبل تمييزه**"[١]، ومعناها يفهم من منطوقها، فهي تعني: أنّ من أسباب تغليب التحريم على الإباحة وجود الاشتباه في تمييز الحلال عن الحرام، فالاشتباه يؤثر في الحكم من حيث الحل والحرمة، والاحتياط يقتضي البعد عن المشتبهات؛ لأن عسر التمييز بين الحلال والحرام وعدم اليقين من معرفة كل منهما يقتضي ترك الحرام احتياطا، لقوله ﷺ: «... **فَمَنِ اتَّقَى المشبُهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ، وَمَنْ وَقَعَ فِي الشُّبُهَاتِ، كَرَاعٍ يَرْعَى حَوْلَ الْحِمَى يُوشِكُ أَنْ يُوَاقِعَهُ**...»[٢]، ووجه صلة هذه القاعدة بقاعدة: "**إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِّب الحرام**": هو أن هذه القاعدة كسابقتيها، يجمعها كلها مع قاعدة: "**إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِّبَ الحرام**" معنى الاحتياط المنظور إليه في ترك الحرام، والمنع من الإقدام على الشيء مع اشتباهه بغيره وعدم تمييز الحل والحرمة فيه.

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، لأبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ)، راجعه وقدم له وعلق عليه: طه عبد الرءوف سعد، ط٢، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، دار الجيل، بيروت - لبنان، ٢٩٥.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص١٢٦.

ولما كانت هذه القاعدة تجعل الاشتباه سببا للبعد عن الحرام، فإنها يمكن أن تصاغ بعبارة موجزة غير مخلة بمعناها وهي: **"الاشتباه الناشئ عــن الإبهــام فــي الأعيان يمنع التصرف فيها قبل تمييزها"**.

المبحث الثاني

قاعدة تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما والقواعد ذوات الصلة بها في القانون اليمني

أولاً: موقف القانون اليمني من قاعدة "إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِّبَ الحرام"

جاء في المادة رقم (١٢) من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م، بشأن القانون المدني: أنه "... **إذا اجتمع التحليل والتحريم غُلِّب جانب التحريم**..."، وهذا يعني أن القانون اليمني نص صراحة على هذه القاعدة، وأن موقفه هو الأخذ بتغليب الحرام عند اجتماعه مع الحلال.

ومما يؤيد هذا: أن القانون المدني اليمني قد نص على أن دفع المفاسد أولى من جلب المصالح، وهذا ما ورد في المادة الرابعة منه، التي نصت على أن: "... درء المفاسد مقدم على جلب المصالح عند التعارض".

وهذا النصّ من القواعد الأصولية المؤيدة لتغليب جانب التحريم على جانب الحل عند تعارضهما؛ لأن المقصود الغالب من التحريم هو دفع المفاسد أو تقليلها؛ إذ إنَّ اعتناء الشارع بدفع المفاسد أعظم من اعتنائه بجلب المصالح.

وقد ورد التأكيد على دفع المفاسد وترجيحها على جلب المصالح في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، حيث أبرزت المذكرة أهمية النصّ على ما ورد في هذه المادة من أن "... درء المفاسد مقدم على جلب المصالح عند التعارض"، بقولها: "تنص على قاعدة أساسية يرجع إليها في معرفة الحكمة من النصوص، وتبيّن عللها، ومناهج تفسيرها، فهي مبنية على رعاية مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم..."[1].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، الكتاب الأول، نشر وتوزيع: مكتبة خالد بن الوليد وعالم الكتب اليمنية للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء، الجمهورية اليمنية، ١٢.

ومن خلال هذا كله يتبين لنا أن القانون المدني اليمني حينما نص على قاعدة: "**إذا اجتمع التحليل والتحريم غُلِّب جانب التحريم**"، فإنه إنما قصد بذلك إرشاد القاضي وأطراف الخصومة إلى أن أحكام الشريعة الإسلامية تجري في دائرة الوسع الذي لا إرهاق فيه، وذلك بدفع المفاسد وجلب المصالح، وأن تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما وتعارضهما هو من قبيل ترجيح دفع المفاسد على جلب المصالح.

ثانيًا: موقف القانون اليمني من القواعد ذوات الصلة بقاعدة: "إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِّب الحرام"

لم ينص القانون المدني اليمني على أيٍّ من القواعد التي تتعلق بقاعدة: "**إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِّب الحرام**"، ويبدو أنه اكتفى بالنص على هذه القاعدة الأصولية، وهي تغليب التحريم على الحل إذا اجتمعا وتعارضا، ليرشد القاضي إلى العمل بها إذا اجتمع لديه في قضية من القضايا المنظورة أمامه جانب الحل والحرمة مع عدم المرجح لأي منهما.

ومع أن القانون اليمني لم يذكر أيًا من القواعد المتصلة بقاعدة: "**إذا اجتمع الحلال والحرام غُلِّب الحرام**"، إلا أن القانون الجنائي اليمني ذكر واحدة من تلك القواعد وهي قاعدة: "**درء الحدود بالشبهات**"، وهذا ما نصَّت عليه المادة رقم (٤٦) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات بقولها – تحت عنوان "استفصال المسقطات" –: "على القاضي عند نظر دعاوى الحدود استفصال المتهم عن جميع مسقطات الحد، ويبطل حكم الإدانة إذا ثبت أن القاضي لم يقم بذلك"، فهذا النصّ صريح وواضح على الأخذ بدرء الحدود بالشبهات، احتياطا من الإقدام على الحدّ مع وجود شبهة دارئة له؛والأخذ بالاحتياط هو المعنى المنظور إليه أيضًا من قاعدة تغليب التحريم عند اجتماعه وتعارضه مع التحليل.

المبحث الثالث

أمثلة تطبيقية للإفادة من قاعدة تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما، والقواعد ذوات الصلة بها في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني

من خلال فهم قاعدة تغليب التحريم على التّحليل والقواعد ذوات الصلة بها فإنه يمكن التمثيل لتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني بالأمثلة التالية: -

أولاً: التطبيق في خِطبة النكاح

من تطبيقات قاعدة تغليب التحريم على التحليل في خِطبة النكــاح: تغليب تحريم خطبة المسلم على خطبة أخيه - ما لم يأذن له أو يترك - على تحليلها، وهذا مفهوم في القانون اليمني من خلال ما نصَّت عليه المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني المعدلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م، بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م، بشأن الأحوال الشخصيَّة وتعديلاته، فقد جاء فيها:" أن الخطبة هي التقدم من الراغب أو من يقوم عنه إلى ولي المرأة لطلب التزوج بها، وتحرم خِطبة المسلم على أخيه المسلم إلا أن يأذن له أو يترك...".

وبتطبيق هذا النصّ على قاعدة تغليب الحرام على الحلال عند اجتماعهما، يمكن القول: إنه لمّا اجتمع في خِطبة المسلم على خِطبة أخيه المسلم حكمان: أحدهما: حق المسلم في الخطبة، والثاني: الاعتداء من الخاطب الثاني على الخاطب الأول بخطبة مخطوبته، فإنه يترجح ترك الاعتداء على الخاطب الأول، وذلك بعدم جواز الخطبة على خطبته ما لم يأذن بذلك أو يترك، كما أن في ترك المسلم الخطبة على خطبة أخيه احتياطًا وورعًا من الوقوع في مخالفة الشرع، حيث ورد النهي عن الخطبة على الخطبة فيما رواه البخاري عن ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنهما أنه كَانَ يَقُولُ: نَهَى النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَبِيعَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلاَ يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى

يَتْرُكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ[1]، فهذا الحديث يدل على فساد المنهي عنه وهو الخِطبة على الخِطبة[2]، وقيل: إن النهي إنما هو في حالة ما إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح، وأما إن كان الأول غير صالح والثاني صالح فإن خطبة الثاني تجوز، وأن وقت النهي يكون عند ركون الخاطب على الموافقة على خطبته[3]، كما يؤخذ أيضًا من ظاهر الحديث أن النهي عن الخطبة على الخطبة لا يجوز إلا بإذن الخاطب الأول أو عند تركه الخِطبة، ولا يقتصر ترك الخِطبة على التصريح بذلك، بل قد يستدل على ذلك بقرائن الأحوال؛ كعدم الجدية فيها، أو بمرور وقت يعتبره العرف دليلاً على عدم الجدية في ذلك، وهكذا فإن في ترك خِطبة المسلم على خِطبة أخيه تركًا لأمر مشتبه فيه، لأن الخاطب الثاني حين يقدم على خطبة امرأة يعلم أنه قد سبق إليها غيره ولم يتيقن من تركه لخِطبتها أو إذنه له بذلك فإنه يكون قد وقع في أمر مشكوك فيه، والشك لا يزيل اليقين؛ ولذلك كله كان تركه الخطبة على خِطبة أخيه هو الأولى احتياطا.

ثانيًا: التطبيق في عقد النكاح

من تطبيقات قاعدة تغليب التحريم على التحليل في النكاح: تغليب بطلان عقد النكاح المبني على الإكراه على صحته، وهذا مفهوم من خلال ما نصت عليه المادة رقم (١٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م، بشأن الأحوال الشخصيَّة، من أنَّ: "كل عقد بني على إكراه الزوج أو الزوجة لا اعتبار له".

---

(١) أخرجه في صحيحه (٧٠) كتاب النكاح (٤٦) باب لا يخطبُ على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع، حديث رقم (٤٨٤٨) ١٩٧٥/٥، ومسلم في صحيحه عَنْ ابْنِ عُمَرَ: عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «لَا يَبِعْ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلَا يَخْطُبْ بَعْضُكُمْ عَلَى خِطْبَةِ بَعْضٍ»، (١٦) كتاب النكاح (٦) باب تحريم الخطبةِ على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك حديث رقم (١٤١٢) ١٠٣٢/٢.

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، ٤/٢.

(٣) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

وتوضيح ذلك: أنه لمّا كان الإكراه يشتمل على أمرين: أحـدهما: انعـدام الرضا على التّصرف من المكره، والثّاني: عدم إرادة المكره مباشرة ذلك التّـصرف لولا الإكراه؛ لأن الإكراه اصطلاحًا يعني: "حمل الغير على أن يفعل مـا لا يرضـاه ولا يختار مباشرته له لو خُلّي ونفسُه"(1)، فإن مقتضى هذا: أنه لو لم يكن هناك إكراه لما حدث الشيء المكره عليه.

وبناء على ذلك وبتطبيق النّصّ القانوني المذكور على قاعدة تغليب المـانع على المقتضي عند اجتماعهما، يمكن القول: إنه لمّا كان الإكراه شبهة فـي اختيـار المكرَه لعقد الزواج فإن هذه الشبهة تكون مانعًا من صحة النكاح، فيُغلّب هذا المـانع من النكاح على مقتضاه وهو الصحة؛ لعدم الاختيار، سواء كان الإكـراه بـالتخويف بالقتل أو بقطع طرف أو ضرب يخاف منه الشخص هلاكه، أو كان الإكراه بالضرب الشديد أو الحبس أو أخذ المال وإتلافه(2)، ولكن لابد من ملاحظة أنه ليس كل إكـراه يُبطل عقد النكاح؛ ذلك أن الإكراه قد يكون أحيانًا لمصلحة المكرَه، كما فـي إجبـار الأب ابنته الصغيرة على النكاح؛ لأن النكاح من المصالح المنظورة للصغيرة وهي لا تدرك وجه المصلحة(3)، ومن القواعد الضابطة لذلك: ما ذكره الزركشي من أن: "**ما أُكرِه عليه إن كان بحق صح أو بغير حق فلا**"(4)، بمعنى أنه ليس كل إكراه يسقط أثر

---

(1) شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني، 2/414 وانظر قريبًا من هذا التعريف: [الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، 314؛ شرح نور الأنوار على المنار لملاجيون -بهامش كشف الأسرار- للنسفي، 2/569؛ بداية المجتهد، لابن رشد، 2/65].

(2) تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني، 285، 286.

(3) بدائع الصنائع، للكاساني، 2/241، 242، بداية المجتهد، لابن رشد، 2/5، مواهب الجليل للحطاب، 3/423، المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وأرضاه، تأليف: أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، 2/37 وبأسفله: النظم المستعذب في شرح غريب المهذب: لمحمد بن أحمد بن بطال الركبي، طبع بمطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر، مطبعة دار إحياء الكتب العربية بمصر.

(4) المنثور في القواعد، 1/199؛ وانظر في هذه القاعدة بمعناها: [القواعد، للحصني، 2/312].

التصرف، لأن بعض التصرفات تقع تحت الإكراه ومع ذلك توصف بالصحة، كالإكراه بحق الذي يتضمن الإكراه لمصلحة المكره.

ولذلك كله كان الأولى بالقانون اليمني ألا يطلق القول بأن: "كلُ عقد بني على إكراه الزوج أو الزوجة لا اعتبار له"؛ بل كان لا بد من وجود نص يدل على الاستثناء من ذلك الحكم بإضافة "إلا الأب لابنته الصغيرة والوصي لموصيته الصغيرة".

ثالثًا: التطبيق في المهور

من تطبيقات قاعدة تغليب المانع على المقتضي في المهور: تغليب وجوب تسمية مهر المثل على عدم وجوبه عند تسميته تسمية غير صحيحة أو عند نسيان المسمى، وهذا مفهوم من نص الفقرة (أ) من المادة رقم (٣٣) من قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني – المعدلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م، بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م، بشأن الأحوال الشخصيَّة – حيث نصَّت على أنه: "يلزم المهر للمعقود بها بعقد صحيح، وهو ما حصل عليه التراضي معينًا، ما لا يصح لهما تملكه، أو منفعة غير محرمة، فإذا لم يسمَّ أو سُمي تسمية غير صحيحة أو نُسي ما سُمِّي بحيث لم يعرف وجب مهر المثل".

وتوضيح ذلك: أن من شرط المهر الصحيح: أن يكون جنسه ممَّا يجوز تملكه لا ممَّا لا يجوز تملكه؛ مثل الخمر والخنزير، أو أن يكون منفعة غير محرمة؛ كالإجارة، ولا بد أن يكون منضبطًا قدرًا وصفة؛ مثل أن يقول الزوج: أنكحتها على خادم ويصفه[1].

ولكن قد يحدث أن يقع الصداق فاسدًا لكونه ممَّا لا يصح تملكه؛ كخمر أو

(١) بداية المجتهد، لابن رشد، ١٧/٢ – ١٨.

خنزير مثلاً، وقد يحدث الجهل به فيسمى تسمية غير صحيحة، أو قد يحدث نسيانٌ للمسمى، ففي هذه الأحوال يُصحَّح المهر بصَداق المثل[1]، وبناء على ذلك، وتطبيقًا للنص القانوني المذكور آنفًا على قاعدة: "**تغليب المانع على المقتضي**" التي هي من القواعد المتصلة بقاعدة اجتماع الحلال والحرام، يمكن القول: إنه لمّا كان المهر من مقتضيات النكاح ولمّا كان قد يحدث أن يسمى المهر تسمية غير صحيحة أو قد يكون ممًّا لا يصح تملكه؛ كخمر وخنزير، فإن هذه التسمية غير الصحيحة تعتبر مانعًا من صحة تسميته، والمانع يُغلَّب على المقتضي، فلذلك تبطل التسمية للمهر في هذه الحالة، ولا بد من تصحيحه بتسمية مهر المثل.

رابعًا: التطبيق في فسخ النكاح

من تطبيقات قاعدة تغليب المانع على المقتضي في فسخ النكاح: تغليب جواز طلب المرأة الحكم بفسخ النكاح لإدمان الزوج الخمر أو المواد المخدرة على عدم الجواز، وهذا مفهوم في القانون اليمني من خلال ما نصَّت عليه المادة رقم (٥٥) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة من أنه: "إذا طلبت المرأة الحكم بالفسخ لإدمان الزوج الخمر أو المواد المخدرة وثبت ذلك تحكم المحكمة بفسخ الزواج...".

وبتطبيق هذا النصّ على قاعدة تغليب التحريم إذا اجتمع مع التحليل، يمكن القول: إن إدمان الزوج للخمر أو المواد المخدِّرة من الأمور التي يتعذر معها العشرة الحَسنة بينه وبين زوجته، لما في ذلك من سوء تصرفات الزوج، مع ما في الخمر والمخدرات من إذهاب المال عبثًا، ولما فيها من إضرار بالعقل والجسد، ومع كل ذلك لا تَسلَم الزوجة في الغالب من الإضرار بها من قبل الزوج المدمن الخمر أو المخدرات، وقد لا تأمن على نفسها من الهلاك، وكل هذا ضرر، والضرر حرام منهي عنه شرعًا؛

---

(١) بداية المجتهد، لابن رشد ، ٢/٢٢-٢٣.

لقوله ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»[1]، أي أنه قد اجتمع على المرأة حرام متمثل في الإضرار بها من إدمان زوجها الخمر والمخدرات، وحلال متمثل في جواز اختيارها البقاء معه في هذه الحالة، إلاّ أنه يغلّب في حقها جانب الضرر الواقع عليها، ولابد من رفعه، فيجوز لها أن تطلب من المحكمة رفع الضرر عنها وذلك بطلبها الفسخ.

خامسًا: التطبيق في الهبات

من تطبيقات قاعدة تغليب التحليل إذا اجتمعا في الهبات: تغليب صحة الهبة فيما يصح هبته على بطلانها كلّها إذا كانت ممّا يصح هبته ومما لا يصح، وهذا مفهوم في القانون اليمني من خلال ما نصّت عليه المادة رقم (١٧٧) من قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني – المذكور رقمه وتاريخه آنفًا – من أنه: "إذا وهب الواهب ما يصح هبته وما لا يصح، صحت الهبة فيما يصح، وبطلت فيما لا يصح".

وتوضيح ذلك:أن الهبة تصح في كل شيء يصح تملكه، ولا تصح فيما لا يصح تملكه؛ كالخمر، والخنزير، كما أن الهبة قد تكون هبة عين، وقد تكون هبة منفعة؛ مثل أن يهب رجل رجلاً سكنى دار مدى حياته[2].

وبتطبيق هذا النّصّ القانوني على قاعدة تغليب التحريم على التحليل إذا اجتمعا، يمكن القول: إنّ الهبة لمّا كانت تصح في كل شيء يصح تملكه فإنه إذا اجتمع فيها ما يصح تملكه مع ما لا يصح تملكه فإنة يُغلّب جانب صحتها فيما يصح تملكه؛ لوقوع الّريبة فيما لا يصح تملكه في هذه الحال، والأولى للمرء الابتعاد عن كل ما يريبه.

---

(١) الحديث سبق تخريجه في ص...
(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٦٧، ٢٦٩.

سادسًا: التطبيق في الوصايا

من تطبيقات قاعدة تغليب التحليل على التحريم إذا اجتمعا في الوصايا: تغليب بطلان الوصية بموت الموصى له مع الموصي في وقت واحد بحيث لا يعرف أي منهما مات قبل الآخر، وهذا مفهوم في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني من خلال ما نصَّت عليه الفقرة الرابعة من المادة رقم (٢٣٢) – المعدلة بموجب القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م، بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م، بشأن الأحوال الشخصيَّة – من أنَّ الوصية تبطل بـ"موت الموصى له مع الموصي في وقت واحد بحيث لا يعرف من منهما مات أولاً".

وبتطبيق هذا النصّ على قاعدة تغليب المسقط على الموجب عند تعارضهما – التي هي من القواعد ذوات الصلة بقاعدة تغليب التحريم على التحليل إذا اجتمعا – يمكن القول: إنه لمّا تعارض في الوصية موت الموصى له مع موت الموصي في وقت واحد بحيث لم يعرف أي منهما مات قبل الآخر، فإن هذا الاشتباه يُغلِّب في هذه الحالة على الحكم بموت أحدهما قبل الآخر، وبموجب هذا الاشتباه يغلِّب إسقاط الوصية فتبطل، لأن الوصية "تبطل بموت الموصى له"[1]، وذلك لعسر تمييز وقت وفاة الموصي و الموصى له، وعسر التمييز بين الأشياء من أسباب الاشتباه[2]، أي أن الجهل في تاريخ موت الموصي والموصى له أورث شبهة، هي معرفة من مات قبل الآخر منهما.

(١) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢٧٢/٢.

(٢) المنثور في القواعد، للزركشي، ٧/٢.

المبحث الرابع

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما والقواعد ذوات الصلة بها في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني

من خلال ما سبق عرضه لقاعدة تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما، وللقواعد ذوات الصلة بها، ولتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني، يمكن استخلاص بعض أوجه الإفادة في هذا القانون ومنها ما يلي: -

أولاً: أنّ هذه القواعد تعين القاضي على فهم قصد المكلّف من التصرف وتغليب درء المفسدة على المصلحة.

تصرف المكلّف قد لا يترتب عليه إضرار بالغير، وقد يترتب عليه إضرار بالغير، والإضرار بالغير قد يفهم من التصرف؛ ولذلك فإن للقاضي اتّخاذ كل ما من شأنه دفع مثل هذا الضرر، فإذا ما رفع إليه نزاع يفهم منه الإضرار بالغير فإنه يجب عليه رفع الضرر عن المضرور، كما لو رفع إليه نزاع في طلب الفسخ بسبب إدمان الزوج للخمر والمخدرات، فإن قصد الإضرار بالزوجة مفهوم من خلال شرب الخمر وتعاطي المخدرات، ولذلك فإن القاضي يتخذ قراره بتغليب درء المفسدة على جلب المصلحة الموهومة وهي العشرة، ودرء المفسدة هي القضاء بالفسخ عند استمرار الزوج على الإدمان على شرب الخمر وتعاطي المخدرات، لأن المضرور في هذه الحالة هي الزوجة، ولأن هذا الضرر المتمثل في سوء تصرفات الزوج نحوها هو ضرر مترتب على فعل الزوج، والزوجة لم تُدخل الضرر على نفسها.

ثانيًا: أنّ هذه القواعد ترشد القاضي إلى الأخذ بالأحوط وطرح الشكوك عند اتّخاذ القرارات

لمّا كان القاضي مكلفًا بالقيام بمصلحة المستضعفين؛ كالمجانين، والصغار، والأيتام، فإنه يجب عليه اتّخاذ كل القرارات المؤدية إلى الحفاظ على مصالح هؤلاء؛ ولذلك فإنه يجب عليه أن لا يسند الولاية عليهم في النفس أو المال إلاّ لمن يتيقن أو

يغلب على الظن أنه يسعى لمصلحتهم، فإذا شك في هذا فإنه يجب عليه طرح ذلك الشك، فإذا شك القاضي – مثلاً – في خيانة الولي أو الوصي، أو شك في سوء تصرف أحدهما لمصلحة من هو تحت ولايته، فإنه يقرر عزله، أو إبداله بغيره، أو إضافة من يثق به إليه بحسب ما يراه جالبًا لمصلحة المولى عليه.

ثالثًا: أن هذه القواعد تساعد القاضي في رفع الضرر قبل وقوعه

وهذا واضح من خلال ما مر من التمثيل بقضاء القاضي بإبطال عقد النكاح إذا بني على إكراه، لانعدام رضا المكره على التصرف، ولأن الإكراه شبهة في اختيار الشخص للتصرف.

رابعًا: أن هذه القواعد ترشد القاضي إلى كيفية الخروج من عهدة الإضرار بالخصوم عند الاشتباه في التصرف

قد يشتبه على القاضي صحة التصرف من عدمه، وفي هذه الحالة فإن له اتخاذ ما يلزم لتصحيح مسار التصرف، وهذا واضح من خلال ما مر من تغليب تسمية مهر المثل عند تسميته تسمية غير صحيحة أو نسيان المسمى، فوجوب تسمية مهر المثل يعتبر تصحيحًا لمسار المهر الذي شابه تسمية غير صحيحة، فتسمية مهر المثل أولى من عدم تسميته بالكلية، لأن في عدم تسميته إضرارًا بالمرأة، وفي تسميته خروج من عهدة الإضرار بها.

خامسًا: أن هذه القواعد ترشد القاضي إلى الاستعانة بكل الوسائل المعاصرة والممكنة لرفع الاشتباه

ومن أمثلة هذا: أن للقاضي سلطة التطليق للعيب المستحكم في الزوج كالعُنة – التي تعني عدم وطء الرجل زوجته، وعدم رغبته في ذلك لسبب من الأسباب؛ كعجزه، أو لعدم انتشار ذكره[1]؛ ولكن لمّا كانت العُنة من الأمور التي يدق

---

(١) سبل السلام، للصنعاني، ٣/١٠٢٠

فهمها فإن هذا سبب لاشتباه القاضي في صحة دعوى المرأة عنة زوجها، ولذلك وجب عليه اتّخاذ كل ما يلزم لرفع ذلك الاشتباه ولو أدى ذلك إلى إحالة الزوج على أطباءَ مختصين في الأمراض التناسلية، تغليبًا لرفع الاشتباه؛ لأن القاضي يقف عاجزًا عن الفصل في الموضوع حتى تنجده المشورة الطبية في هذه الحالة.

المبحث الخامس

أمثلة تطبيقية للإفادة من قاعدة تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما والقواعد ذوات الصلة بها في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني

يمكن توضيح تطبيق قاعدة تغليب التحريم على التحليل والقواعد ذوات الصلة بها في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني بالأمثلة التالية:ـ

أولاً: التطبيق في مبدأ تفسير الشك لمصلحة المتهم

من المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات الجزائيَّة: مبدأ تفسير الشك لمصلحة المتهم، وقد ورد النصّ عليه في المادة الرابعة من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م، بشأن الإجراءات الجزائيَّة اليمني، بقولها: "... يفسَّر الشك لمصلحة المتهم..."، فهذا المبدأ من المبادئ التي يستند إليها نظام الإجراءات الجنائيَّة المعاصرة، لأنه يمثل ضماناً للعدالة والحيدة في إجراءات التحقيق، والمحاكمة، والتنفيذ[1].

وبتطبيق هذا النصّ على القواعد ذوات الصلة بقاعدة: "**تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما**"، كقاعدة: "**تغليب المانع على المقتضي**"، وقاعدة: "**درء الحدود بالشبهات**"، يمكن القول: إن تفسير الشك لمصلحة المتهم قد يؤدي إلى تبرئة المتهم، فإذا شكت المحكمة مثلاً في ثبوت جريمة السرقة فإنها تفسر هذا الشك لمصلحة المتهم وتحكم ببراءته[2]، أي أن المحكمة تغلِّب جانب البراءة على جانب الإدانة عند الشك في ثبوت نسبة الجريمة إلى المتهم؛ لأنه توافر لديها ما يقتضي عدم العقاب، وهو الشك في نسبة الجرم إلى المتهم، وهي بذلك ترجح إسقاط التهمة عن المتهم على إثباتها عليه.

---

(١) دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي الإسلامي، د. محمود نجيب حسني، ١١.
(٢) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ١/٢١٨.

ثانيًا: التطبيق في امتناع القاضي عن نظر القضايا في بعض الأحوال

نصت الفقرة (ب) من المادة (٢٧١) من نفس القانون على أن من الأحوال التي لا يصلح فيها نظر القاضي لقضية ما والتي يجب عليه أن يتنحى فيها: حالة القرابة من "الأزواج، والإخوة، والأخوات، والأصول، والفروع لأحد أطراف الدعوى، وكل من له قرابة للدرجة الرابعة"، فهذا النصّ ذكر عدم صلاحية القاضي للقضاء وأنه يجب عليه أن يتنحى إذا كان أحد أطراف الدعوى زوجة – أو زوجات – أو كان أحد أطرافها أخ أو أكثر، أو أخت أو أكثر، أو أب، أو أم، أو جد، أو جدة، أو ابن، أو بنت، وكل من له قرابة للدرجة الرابعة.

وبتطبيق هذا النصّ القانوني على القواعد المتصلة بقاعدة تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما – كقاعدة "**تغليب المانع على المقتضي**"، وقاعدة "**تغليب المسقط على المانع**" – يمكن القول: إن هذا النصّ يوجب تغليب امتناع القاضي عن نظر القضية المرفوعة لديه وتنحّيه عنها إذا كان قد بدأ النظر فيها إذا كان أحد أطرافها أحد أقاربه، لأنه لمّا كان هناك طرفٌ آخر في القضية هو غير القريب فإنه يغلّب امتناع القاضي عن نظر القضية برمتها؛ لأن السبب المانع من النظر هو القرابة، والمقتضي للنظر هو وجود غير أقارب للقاضي في الخصومة، ولكن لمّا وجد السبب المانع من النظر وهو وجود القرابة في الخصومة امتنع القاضي من القضاء للجميع؛ فليس له أن يمتنع من القضاء لأقاربه دون غيرهم في قضية واحدة فيها أقاربه؛ لأن القضية مرتبطة بطرفي الخصومة، وهذا عملاً بقاعدة: "**تقديم المانع على المقتضي**".

ووجه تغليب امتناع القاضي عن القضاء في قضية فيها أقاربه: هو تهمة ميله في القضاء إليهم؛ لأن الامتناع هو الوسيلة المثلى التي يتحقق معها مبدأ العدالة؛ ولأن للقرابة والمصاهرة تأثيرًا في نفس القاضي، فكان في امتناعه عن نظر القضية إبعادٌ له عن الشكوك، وهذا ما جاء في تقرير لجنة العدل والأوقاف في مجلس النواب، حيث علّلت ما جاء في المادة رقم (١٢٣) من قانون المرافعات والتنفيذ

المدني من أنه: "يكون القاضي أو عضو النيابة ممنوعًا من نظر الدعوى (الخصومة)، ويجب عليه التنحي عن نظرها من تلقاء نفسه ولو لم يطلب الخصوم ذلك في الأحوال الآتية: (١) إذا كان قريبًا أو صهرًا لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة. (٢) إذا كان قريبًا أو صهرًا لمحامي أحد الخصوم أو لعضو النيابة الذي يترافع في الدعوى إلى الدرجة الرابعة. (٣) إذا كان صهرًا لأحد القضاة الذين يشتركون معه في نظر الدعوى أو قريبًا له إلى الدرجة الرابعة. (٤) إذا كان له، أو لزوجته، أو لأحد أولاده، أو أحد أبويه خصومة قائمة أمام القضاء مع أحد الخصوم في الدعوى..."[1].

فاللجنة قد علّلت سبب منع القاضي عن نظر القضية ووجوب تنحّيه في هذه الحالات بأنه ما تتضمنه القرابة من الميل، وما يورث للقاضي من التهم، حيث قالت – عن تلك الأسباب –: بأن فيها "إبعادًا له عن أي شبهة، أو اتهام، ولكي لا يجمع بين صفتي الخصم والحكم"[2]؛ ولأن هذا يتعلق "بأهم مبدأ من مبادئ العدالة، وهو مبدأ حياد القاضي"[3]، ولأن الواجب هو تحقيق العدالة، وهذا لا يتم إلا بوجوب اتباع السبل الموصلة إلى ذلك، ومنها: امتناع القاضي عن نظر الخصومة في أحوال القرابة والمصاهرة.

---

(١) كان هذا هو نص المادة رقم (١٢٣) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢ وهو النصّ الحالي للمادة رقم (١٢٨) من القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني. انظر: [الجريدة الرسمية، العدد (١٩) الصادر بتاريخ ٨ شعبان ١٤٢٣هـ– الموافق ١٥ أكتوبر ٢٠٠٢م، الجمهورية اليمنية، وزارة الشئون القانونية، أكتوبر ٢٠٠٢م].

(٢) تقرير لجنة العدل والأوقاف حول مشروع تعديل القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٩٢م، بشأن المرافعات والتنفيذ المدني، الجمهورية اليمنية، مجلس النواب، الفصل التشريعي ١٩٩٧م – ٢٠٠٠م رقم (٧) تاريخ ٤ جماد الأول ١٤٢١هـ – الموافق ٥ أغسطس ٢٠٠٠م ص ٦٩.

(٣) السابق، نفس الصفحة.

ولهذا الأمر ضابط في الفقه الإسلامي، وهو أنه: "إذا امتنع القضاء للبعض امتنع للباقين"[1]؛ ولذلك لا يقبل قضاء القاضي لنفسه، ولا لمن تجوز شهادته له، كوالديه، وولده وإن سفل، والزوج، والزوجة، لأن المنافع بين القاضي وبين أحد هؤلاء موجودة، ولأن التهمة مؤثرة في باب الشهادات والأقضية[2].

ثالثًا: التطبيق في إجراءات المحاكمة

نصت الفقرة الثانية من المادة رقم (٣٥٣) من قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني – السالف ذكر رقمه وتاريخه – على أن القاضي يستفصل الشاهد عن قرابته بأحد أطراف الدعوى، وعمّا تحمله شهادته من محاباة لأحد الأطراف، وهذا الاستفصال يكون قبل أداء الشاهد شهادته، وهذا ما نصَّت عليه بقولها: "بعد أن يسأل القاضي الشاهد عن اسمه، ولقبه، وعمره، ومهنته، وموطنه، وسكنه، وهل يعرف المتهم قبل الجريمة، وهل هو في خدمة أحد الفريقين، أو من ذوي قرباه، وعن درجة القرابة، يحلفه اليمين الشرعيَّة، ثم يؤدي شهادته شفاهة".

وبتطبيق هذا النصّ على قاعدة: "**تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما**" والقواعد المتعلّقة بها، يمكن القول: إن هذا النصّ يرشد القاضي إلى البحث عن حال الشاهد من حيث قرابته لأحد الخصوم، أو من حيث إنّ شهادته سببها عداوة أو قرابة لأحد الخصوم، لما في هذه الأمور من مظنة الميل في الشهادة إلى جانب القريب أو مظنة العداوة في جانب العدو، وهذا مانع من قبولها؛ ولذلك قال الفقهاء: إذا جُمع في الشهادة بين من تجوز له ومن لا تجوز له -كما إذا شهد الرجل لابنه أو أبيه أو شهد على عدوه – فإن الشهادة تبطل لعلّة الجمع بين ما يجوز وما لا يجوز، فيغلب فيها البطلان[3]، لترجيح المانع من الشهادة، وهو القرابة.

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٢٩.

(٢) المختار والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ١٤٧/٢؛ الطرق الحكمية، لابن قيم الجوزية، ٢٥٥؛ الفروع، لابن مفلح، ٤٥١/٦.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢٤٩/١.

رابعًا: التطبيق في إجراءات التنفيذ

نصت المادة (٤٨٤) من قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني - السالف ذكر رقمه وتاريخه - على أنه بالنسبة لعقوبة الإعدام، أو الحد، أو القصاص، التي يترتب عليها ذهاب النفس، أو عضو من الجسم "يوقف التنفيذ في المرأة الحامل حتى تضع حملها، والمرضع حتى تتم رضاعة ولدها في عامين، ويوجد من يكفله، وتحبس إلى أن يحين وقت التنفيذ".

وبتطبيق هذا النصّ على قاعدة: "**تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما**"، والقواعد المتعلّقة بها، يمكن القول: إن المقتضي لتنفيذ العقوبة على المرأة الحامل هو ثبوت الجرم المنسوب إليها، والمانع من تنفيذها بشكل مؤقت هو كونها حاملاً؛ لأن تنفيذ العقوبة مع الحمل قد يضر بالحمل، ولذلك يقدم المانع على المقتضي، فيؤخر تنفيذ العقوبة.

المبحث السادس

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما والقواعد ذوات الصلة بها في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني

من خلال ما سبق عرضه لدراسة قاعدة: "**اجتماع الحظر والإباحة**" والقواعد المتصلة بها وتطبيقاتها في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني يمكن استخلاص بعض أوجه الإفادة في هذا القانون، ومنها ما يلي:ـ

أولاً: أن هذه القواعد تفيد في القضاء ببراءة المتهم عند الشك في ثبوت الجريمة تجاهه

وهذا واضح من خلال مبدأ تفسير الشك لمصلحة المتهم؛ فتغليب البراءة على الإدانة هو المرجَّح، بسبب أنه يتوافر للمحكمة ما يقتضي عدم العقاب وهو الشك في نسبة الجرم إلى المتهم.

ثانيًا: أن هذه القواعد تفيد في إبعاد القاضي عن كلِّ مواطن الشبهات التي تحوم حول عدالته

لمّا كان الواجب على القاضي تحقيق العدالة فإنَّ هذا لا يتم إلا بوجوب اتباع السبُل الموصلة إلى ذلك، ومنها: تغليب امتناعه عن نظر الخصومة إذا كان له قرابة أو مصاهرة مع أحد أطراف الخصومة؛ لأن في ذلك إبعادًا له عن أي شبهة أو اتهام أو شكوك تحوم حول عدالته وحياده.

ثالثًا: أن هذه القواعد تفيد في إرشاد القاضي إلى البحث عن الحقيقة

وهذا واضح من خلال وجوب بحث القاضي عن حال الشهود من حيث علاقتهم بأحد الخصوم، فقد يكون الشاهد قريبًا لأحد الخصوم أو عدوًا له؛ ولذلك وجب على القاضي معرفة أحوال الشهود، لأن القرابة مظنة الميل في الشهادة إلى

جانب القريب، والعداوة مظنة إضرار الشاهد بعدوه المشهود عليه، وفي هذا إضرار بأحد أطراف الخصومة.

كما أن فهم القاضي لقاعدة تغليب التحريم على التحليل والقواعد المتعلقة بها يفيده في البحث الدقيق عن حقيقة الدعوى المنظورة أمامه، حيث يجب عليه أن يسأل الشهود عن كيفية وقوع الجريمة، وزمانها، ومكانها، لأنه يلتبس على كثير من الناس تمييز الجريمة عن غيرها، فكان في البحث عن هذه الأمور احتياطٌ للقاضي من القضاء بالعقوبة قبل معرفة حقيقتها.

رابعًا: أن هذه القواعد تفيد في إرشاد القاضي إلى معرفة أحوال المتهم

لمّا كان الإنسان قد تعتريه أحوالٌ لا يكون معها مختارًا للتصرف – كالإكراه – فإن معرفة أحوال المتهم يفيد القاضي في معرفة كيف تم استجواب المتهم؟ وهل كان إقراره صادرًا عن إكراه؟ أم صادرًا عن اختيار؟ فإذا اطمأن القاضي إلى أن إقرار المتهم صادر عن إكراه فإنه لا يعتمد عليه في تقرير نسبة الجريمة إلى المتهم، أي أن القاضي إذا فهم قواعد تغليب المسقط على الموجب، وفهم قواعد تقديم الدارئ للعقوبة على موجبها، فإنه بذلك يحسن التطبيق للقانون، وقد أشار قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني إلى هذا في مادته رقم (٣٥٢) التي نصّت على ذلك بقولها – عن سؤال القاضي للمتهم عن التهمة الموجهة إليه ما إذا كان مقرًا بالجرم الموجه إليه أم لا – "فإذا أقرّ بارتكاب الجريمة ناقشته المحكمة تفصيلاً، واطمأنت إلى أن إقراره صحيحًا (كذا ولعلها: صحيحٌ)، سَجّل (أي القاضي) إقراره بكلمات تكون أقرب إلى الألفاظ التي استعملها في إقراره..."، وفي هذا إرشاد للقاضي للبحث عن حقيقة الإقرار؛ لأنه لا عبرة لإقرار لا يدل على المراد[1]؛ ولأن مناقشة القاضي للمتهم عن إقراره يفيده في معرفة صحة مدلول الإقرار.

---

(١) المغني، لابن قدامة، ٨/١٩٥.

خامسًا: أن هذه القواعد تفيد في الإرشاد إلى البحث في أسباب تغليب تأخير تنفيذ العقوبات

من العقوبات ما يقع على نفس المحكوم عليه، ومنها ما يقع على ما دون النفس، فإذا كانت العقوبة تقع على النفس فلا بُدَّ من البحث عن حال المحكوم عليه؛ لأنه قد يكون هناك سبب يدعو لتغليب المصلحة في تأخير التنفيذ، فقد تكون المحكوم عليها امرأة حامل أو مرضع، وفي هذه الحالة يغلِّب تأخير التنفيذ حتى تضع المرأة حملها، وحتى تتم المرضع رضاعة ولدها في عامين، وذلك تغليبًا لمصلحة الجنين والرضيع من عدم الإضرار بهما بالهلاك أو بأية مخاطر.

سادسًا: أن هذه القواعد تفيد في الإرشاد إلى اتخاذ كافة الاحتياطات لتغليب عدم الإضرار بالمحكوم عليه

إن فهم قاعدة: "**تغليب المانع على المقتضي**" يفيد في رفع الإضرار بالمحكوم عليه، فعلى سبيل المثال: إذا كان الحكم صادرًا في القصاص بما دون النفس، فإنّ القصاص يُغلّب تأخيره على إقامته – مع أنّ الجناية من الجاني تقتضي القصاص – عند وجود مانع يمنع منه، كما إذا قرر الطبيب المختص أن في تنفيذ القصاص خطورة على حياة المحكوم عليه، لأن الغرض من عقوبات القصاص فيما دون النفس هو الردع والزجر وليس إهلاك المحكوم عليه.

ومن الاحتياطات اللازمة لتنفيذ العقوبات بما دون النفس: تقديم الإسعافات والعلاجات للمحكوم عليه بعد التنفيذ لمنع أية مضاعفات محتملة.

المبحث السابع

أمثلة تطبيقية للإفادة من قاعدة تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما والقواعد ذوات الصلة بها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني

من الأمثلة التطبيقية للإفادة من قاعدة: "اجتماع الحلال والحرام" والقواعد ذوات الصلة بها في قانون الجرائم والعقوبات ما يلي:ــ

أولاً: التطبيق في الشبهات المسقطة للحدود.

نصت المادة رقم (٤٦) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م، بشأن الجرائم والعقوبات، على درء الحدود بالشبهات بقولها: "على القاضي عند نظر دعاوى الحدود استفصال المتهم عن جميع مسقطات الحدود، ويبطل حكم الإدانة إذا ثبت أنّ القاضي لم يقم بذلك"، فهذا النصّ يفيد أنّ القانون اليمني يعتبر الشبهات من الأسباب المسقطة للحدود، وأنه يجب على القاضي القيام بالبحث عن تلك الشبهات من تلقاء نفسه، فإذا ثبت أنه لم يقم بذلك وحكم بإدانة المتهم فإن حُكْمه يكون باطلاً.

وبتطبيق هذا النّصّ القانوني على قاعدتي: "**تغليب المسقط على الموجب**"، و"**درء الحدود بالشبهات**"، يمكن القول: إنّ من أسباب تغليب الحرام: الاشتباه وعسر التمييز بين الحلال والحرام، ومن وسائل رفع الاشتباه: تقديم المانع من الحكم على المقتضي له، وتغليب المسقط على الموجب، ويدخل في هذا: الشبهات الدّارئة للحدود، فهي من قبيل تقديم المانع على المقتضي، أي تقديم الشبهة المانعة من إقامة الحدود على مقتضاها، كما أنّ درء الحدود بالشبهات هو أيضًا من قبيل تغليب المسقط على الموجب، فالشبهات سبب مسقط للحدود، وهذا الإسقاط بالشبهات مقدّم على الحكم بالحدود، لأنه من الاحتياط في الحدود، ولأنّ الخطأ في نفي الحدود أسهل من الخطأ في إثباتها[1]، ولأن

---

(١) روضة الناظر، لابن قدامة، وشرحه: نزهة الخاطر العاطر، لعبد القادر بدران، ٢/٤٦٣.

الشبهة ناشئة من عدم يقين القاضي من حقيقة قيام الجاني بالجُرم المنسوب إليه واختياره لذلك الفعل المحرّم، ولهذا عُرّفت الشبهة اصطلاحًا بأنها: "الشيء المجهول تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة، فيجب فيما هذا شأنه التوقف عن التناول لها"(١).

ومن خلال هذا يتضح معنى قاعدة: "**درء الحدود بالشبهات**" فهي تعني: أنه إذا اجتمع ما يوجب الحد مع ما يسقطه فإن الحدّ يُدرأ لوجود الاشتباه وعدم اليقين من وجوب الحد، للجهل بالدليل القطعي الموجب للحد، فكان هذا الجهل بذلك الدليل شبهة مسقطة للحد، لأنه أورث عدم إدارك واقع الأمر حقيقة.

ثانيًا: التطبيق في عقوبة الزنى

من أمثلة تطبيق قاعدة: "**تغليب المسقط على الموجب عند تعارضهما**": تغليب القانون اليمني لإسقاط حد الزنى باختلاف الشهود، أو بوطء الرجل امرأة أجنبية ظانًا أنها زوجته، باعتبار أن هذا من الشبهات الدارئة للحد، ففي إسقاط حد الزنى باختلاف الشهود نصَّت الفقرة الرابعة من المادة رقم (٢٦٦) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أن من الأحوال التي يسقط فيها حد الزنى وما في حكمه: أن يثبت أمام المحكمة توفر حالة "اختلال الشهادة...".

وبتطبيق هذا النصّ على قاعدة: "**تغليب المسقط على الموجب**"، يمكن القول: إن القانون اليمني حينما نص صراحة على إسقاط حد الزنى بثبوت اختلال شهادة الشهود أمام المحكمة فإنه إنما جعل هذا الاختلال شبهة مانعة من إقامة الحد، وهذا المانع يُغلّب درءً لمفسدة الإقدام على الحد، ووجه كون اختلال الشهادة شبهة دارئة للحدود: هو الاحتياط في الحدود، ولهذا فإنه يجب على القاضي البحث في شهادة الشهود، وذلك بأن يسألهم عن كيفية الزنى، وزمانه، ومكانه، وماهيته، لأن الزنى قد يلتبس على كثير من الناس، ولاحتمال أن يظن الشهود غير الزنى زنًى، فقد

---

(١) المنثور في القواعد، للزركشي، ٦/٢.

تكون المرأة المشهود عليها بالزنى ممن تحل للرجل ولا يعرف الشهودُ ذلك[1]، فلهذا كان لزامًا على القاضي سؤال الشهود بالتفصيل عن الشهادة، احتياطا في الحدود[2]، كما يضاف إلى ذلك أن الشهادة لا تقوم على الظن والتخمين، بل على العلم والقطع، ولذلك تعرّف الشهادة بأنها: "الإخبار عماً شوهد وعُلم"[3].

ومن أمثلة اختلال الشهادة: اختلال شهادة الإثبات مع شهادة النفي، كما لو شهد الشهود على امرأة بزناها، وقامت شهادة النفي على العكس من ذلك، فإذا ثبت أمام المحكمة توافر حالة اختلال الشهادة فإنه يسقط حد الزنى، وهذه الحالة نصّت عليها الفقرة الخامسة من المادة رقم (٢٦٦) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني التي ذكرت الأحوال التي يسقط فيها حد الزنى وما في حكمه، وجعلت من تلك الحالات: أن يثبت أمام المحكمة "قول النساء أن المزني بها غذراء، أو رتقاء[4]، بعد قيام الشهادة عليها بالزنى".

وبتطبيق هذا النّصّ على قاعدة "**تغليب المانع على المقتضي**" يمكن القول: إن القانون اليمنى قد جعل قول النساء أنّ المزني بها عذراء، أو رتقاء، بعد قيام الشهادة غليها بالزنى أمام المحكمة شبهة مانعة من الحكم بالحد، فإثبات العذرية والرتق مانعٌ من ذلك، وهذا المانع يغلب درءًا للحد، فالعذرية (البكارة) تعتبر شبهة في الشهادة يسقط بها الحد، كما أن إثبات العذرية مع شهادة الشهود بالزنى يعتبر من

---

(١) المختار، لابن مودود الموصلي، ٤/٨٠، ١٠٥.

(٢) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ٤/٨٠، ١٠٥.

(٣) تحرير التنبيه، للنووي، ٣٦٥.

(٤) العذراء "هي التي لم تُزل بكارتها بمزيل". والبكر مرادفة للعذراء، "فهي التي لم تزل بكارتها أصلاً" [حاشية الدسوقي على الشرح الكبير لشمس الدين الشيخ: محمد عرفه الدسوقي، على شرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدريدر وبهامشه الشرح المذكور مع تقريرات المحقق سيدي الشيخ: محمد عليش، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ٢/٢٨١]. والرتقاء "هي التي انسد مسلك الذكر منها بحيث لا يمكن معه الجماع" [حاشية الدسوقي، ٢/٢٨٣].

قبيل تعارض البينتين، كما لو شهد أربعة شهود على امرأة بزناها، وشهد أربع نسوة على أنّ المزني بها عذراء لم تزل بكارتها بالزنى، فتعارض البينتين شبهة مسقطة للحد[1].

ولإسقاط حد الزنى بسبب شبهة وطء الرجل لغير زوجته ظانًا أنها زوجته مثال آخر لتطبيق قاعدة: "**تغليب المسقط على الموجب عند تعارضهما**" في القانون اليمني، مع أن هذه الحالة لم ينص عليها القانون اليمني صراحة، ولكنه أورد نصًا آخر يفهم منه دخول هذه الحالة فيه، وذلك النّصّ هو ما ذكرته الفقرة السادسة من المادة رقم (٢٦٦) من نفس القانون التي ذكرت أن من الأحوال التي يسقط فيها حد الزنى وما في حكمه: أن يثبت أمام المحكمة "دعوى الشبهة المحتملة"، ومن الشبهات المحتملة: ادعاء الزوج أنه وطأ من اتهم بزناها ظنًّا منه أنها زوجته، كأن يدعي أعمى أنه وجدها على فراشه فظنها زوجته فوطئها، فهذه شبهة محتملة سببها الوطء خطأ[2].

وبتطبيق هذا النّصّ على قاعدة: "**تغليب المانع على المقتضي**"، يمكن القول: إن القانون اليمني قد جعل دعوى الشبهة المحتملة مانعًا من الحكم بإقامة حد الزنى، وجعل هذا المانع مُغلبًا على المقضي للحكم بإقامة حد الزنى وهو وطء الأجنبية درءًا للحد؛ لأن دعوى الشبهة المحتملة من الشبهات التي اعتبرها الفقهاء دارئة لحد الزنى، كمن وجد امرأة على فراشه فظنها زوجته فوطئها فإنه يسقط عنه حد الزنى لعلة هي خطأ الرجل في الموطوءة وادعاؤه الزوجية بها[3].

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢٧٣/١

(٢) المنثور في القواعد، للزركشي، ٤٤/٢؛ القواعد، للحصني، ٧٥/٤؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢٧٣/١.

(٣) المصادر السابقة، نفس الأجزاء، نفس الصفحات.

ثالثًا: التطبيق في عقوبة الحرابة

تغليب إعفاء المحارب من العقوبات الحدّية للحرابة على موجَبها إذا تاب قبل القدرة عليه يدخل في تطبيقات قاعدة: "**تغليب المانع على المقتضي**"، وقد نصَّت المادّة رقم (٣٠٩) من نفس القانون على أنه: "يعفى من العقوبات المقرَّرة في هذا الفصل مَن تاب من المحاربين قبل القدرة عليهم، دون أن يخل هذا الإعفاء بحقوق الغير من قصاص، أو دية، أو أرش إذا توافرت حالاته الشرعيَّة"، والعقوبات المقررة للمحارب المشار إليها في هذه المادة، قد ذكرها القانون نفسه، في المادة رقم (٣٠٧) حيث نصَّت على ذلك بقولها: "يعاقب المحارب: أولاً: بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات إذا اقتصر فعله على إخافة السبيل، ثانيًا: بقطع يده اليمني من الرسغ ورجله اليسرى من الكعب إذا أخذ مالاً منقولاً مملوكًا لغيره، ويعاقب شريكه الذي لم يأخذ مالاً بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات، ثالثًا: إذا أدى فعل أي من المحاربين إلى موت إنسان تكونُ عقوبته الإعدام حدًا، ويعاقب من لم يسهم في القتل بالحبس مدة لا تزيد على خمسة عشر عامًا، رابعًا: بالإعدام والصلب إذا أخذ مالاً وقتل شخصًا، ويعاقب من لم يسهم في الأخذ أو القتل بالحبس مدة لا تزيدُ على خمسة عشر عامًا، ولا تخل العقوبات المتقدمة بحق ولي الدّم في الدّية والأرش بحسب الأحوال".

فإعفاء المحارب من عقوبة حَدّ الحرابة بسبب التوبة الأصل فيه[1] قوله تعالى: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبۡلِ أَن تَقۡدِرُواْ عَلَيۡهِمۡۖ فَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ﴿٣٤﴾ ﴾[2]، وتحصيل توبته تكون بأن يأتي المحارب إلى الإمام (السلطان) ويظهر توبته قبل القدرة عليه[3]، ولكن التوبة إنما تُسقط عنه حد الحرابة، ويؤخذ بما سوى ذلك من

---

(١) أحكام القرآن، لابن العربي، ٢/٦٠٣؛ بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٧٥.

(٢) الآية ٣٤ من سورة المائدة.

(٣) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٧٥.

حقوق الناس؛ من الأموال، والدماء، إلاّ أن يعفو عنه أولياء المقتول، وأصحاب الحقوق[1].

وبتطبيق ما جاء في المادة رقم (٣٠٩) السالف ذكرها من قانون الجرائم والعقوبات – من إعفاء المحارب من العقوبات الحدية إذا تاب قبل القدرة عليه — على قاعدة: "**تغليب المانع على المقتضي عند اجتماعهما**"، يمكن القول: إن المقتضي لعقوبة المحارب هو قيامه بجريمة الحرابة، والمانع من عقوبته هو توبته قبل القدرة عليه، ولكن يغلّب المانع على المقتضي، فيعفى المحارب من العقوبة لمصلحة المجتمع؛ لأن القصد من إعفائه من العقوبة هو تشجيعه على عدم الاسترسال في عمله الإجرامي حتى نهايته، وبذلك يتجنب المجتمع أضرارًا كان مهددًا بها[2].

رابعًا: التطبيق في جرائم القصاص وعقوباتها

لا يقتصر دور الشبهات على درء الحدود وحدها، بل يدخل في ذلك درء القصاص بالشبهات، وهذا ما ذكره السيوطي بقوله: "ويسقط القصاص أيضًا بالشبهة"[3]، إلا أن ابن نجيم كان أكثر وضوحًا من السيوطي في هذا، حيث صرّح على درء القصاص بالشبهات كدرء الحدود بالشبهات بقوله: "القصاص كالحدود في الدفع بالشبهة، فلا يثبت إلاّ بما تثبت به الحدود"[4].

وقد جاء القانون اليمني خاليًا من ذكر هذا الأمر، ولكن يمكن تلمسه من خلال بعض الأسباب المانعة من القصاص، فتلك الأسباب تنطوي على الأخذ بدرء

---

(١) أحكام القرآن، لابن العربي، ٦٠٣/٢؛ بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٧٥/٢

(٢) القانون الجنائي (المدخل وأصول النظرية العامّة) د. علي راشد، ط١، ١٩٧٤م، مكتبة الطالب، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، والكتاب موجود برقم [٢٩-ع]، ٦٤١؛ التعزير في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز عامر، ٤٨٦؛ الأحكام العامّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني، د. طاهر العبيدي، ٢١٦.

(٣) الأشباه والنظائر، ٢٧٤/١.

(٤) الأشباه والنظائر، ١٤٤.

القصاص بالشبهات، ومن أمثلة ذلك: الأبوة، حيث تُعتبر سببًا لتغليب امتناع القصاص من الأصل بقتله لفرعه على وجوب القصاص، وهذا ما نصّت عليه المادة رقم (٥٩) من قانون الجرائم والعقوبات بقولها: "لا يقتص من الأصل بفرعه، وإنما يحكم بالدية أو الأرش، على حسب الأحوال".

وبتطبيق هذا النصّ على قاعدة: "**تغليب المانع على المقتضي**" التي هي من القواعد المتصلة بقاعدة: "**تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما**" يمكن القول: إنّ المقتضي للقصاص هو القتل العمد، والمانع منه هو الأبوة، حيث تعتبر الأبوة مانعًا حائلاً دون وجود الحكم؛ لأن في المانع معنى لا يتفق وحكمة الحكم؛ لأن حكمة القصاص الردع والزجر، وما في الأبوة من حنان وعطف وشفقة على الابن يكفي لزجره وردعه، فالأب لا يقدم على قتل ابنه عمدًا وعدوانًا إلا في أحوال شاذة لا تستدعي تقرير القصاص منه، بل تستدعي استثناءه، كما أن الأب سبب حياة الابن فلا يكون الابن سبب إعدام الأب[(١)].

وقد اعترض الشوكاني على هذا التعليل بأن الحكمة المانعة للقصاص ليست لكون الأب سببًا لوجود الابن؛ بل لأن الشرع ورد بعدم ثبوت القصاص لفرع من أصل، وهو ما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لا يُقَادُ الْوَالِدُ بِالْوَلَدِ**»[(٢)]، فهو

---

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ٢٤/٥، ٢٧؛ وانظر في الإشارة إلى هذه التعديلات: [الوجيز في أصول الفقه، د.عبد الكريم زيدان، ٦٣].

(٢) هذا الحديث أخرجه الترمذي في (١٤) كتاب الديات، (٩) باب ما جاء في الرجل يقتُلُ ابنه يقاد منه أم لا، في حديثين، الأول: برقم (١٣٩٩) ١٨/٤. رواه عَنْ عَمْرِو بن شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيه، عَنْ جَدِّه، عَنْ سُرَاقَةَ بن مَالِكِ بن جُعْشُمٍ قَالَ: حَضَرْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يُقِيدُ الأَبَ مِنْ ابْنِه وَلا يُقِيدُ الابْنَ مِنْ أَبِيه. قَالَ أَبُو عِيسَى: هَذَا حَدِيثٌ لا نَعْرِفُهُ مِنْ حَدِيثِ سُرَاقَةَ إِلاَّ مِنْ هَذَا الْوَجْه، وَلَيْسَ إِسْنَادُهُ بِصَحِيحٍ؛ رَوَاهُ إِسْمَعِيلُ بن عَيَّاشٍ عَنْ الْمُثَنَّى بن الصَّبَّاحِ، وَالْمُثَنَّى بن الصَّبَّاحِ يُضَعَّفُ فِي الْحَدِيثِ، وَقَدْ رَوَى هَذَا الْحَدِيثَ أَبُو خَالِدٍ الأَحْمَرُ عَنْ الْحَجَّاجِ بن أَرْطَاةَ عَنْ عَمْرِو بن شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيه عَنْ جَدِّه عَنْ عُمَرَ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ، وَقَدْ رُوِيَ هَذَا الْحَدِيثُ عَنْ عَمْرِو بن شُعَيْبٍ مُرْسَلاً، وهذا حَدِيثٌ فِيه اضْطِرَابٌ، وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ أَنَّ الأَبَ إِذَا قَتَلَ ابْنَهُ لا يُقْتَلُ بِه، وَإِذَا قَذَفَ ابْنَهُ لا يُحَدُّ.

يرى أن المقتضي للقصاص من الأب هو فعله القتل عمدًا عدوانًا لولده، ولكن الشرع ورد بعدم ثبوت القصاص لفرع من أصل[1].

كما نظر بعض الفقهاء إلى عموم القصاص بين المسلمين، فقالوا بوجوب القصاص من الأب إذا قتل ابنه بأن أضجعه فذبحه أما إن حذفه بسيف فقتله لم يقتل،

وأما الحديث الثاني: فرقمه(١٤٠٠) وقد رواه -أيضًا- بسنده عَنْ عَمْرِو بن شُعَيْب، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، عَنْ عُمَرَ بن الْخَطَّاب قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لا يُقَادُ الْوَالِدُ بِالْوَلَدِ». انظر: [الجامع الصحيح، سنن الترمذي، ١٨/٤]. وهذا الحديث الثاني أخرجه ابن ماجه في السنن بنفس سند الترمذي، بلفظ: «لاَ يُقْتَلُ الْوَالِدُ بِالْوَلَدِ». [(٢١) كتاب الديات (٢٢) باب لا يقتل الوالد بولده، حديث رقم (٢٦٦٢) ٨٨٨/٢] وأخرجه -أيضًا- عن عمرو بن دينار، عن طاووس، عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ قال: «لا يُقْتَلُ بِالْوَلَدِ الْوَالِدُ». [نفس الكتاب، نفس الباب، حديث رقم (٢٦٦١)، نفس الجزء، نفس الصفحة]. وأخرجه أيضًا أحمد بن حنبل، عن عَمْرِو بنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بن عَمْرٍو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ عُمَرُ بن الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ: «لاَ يُقَادُ لِوَلَدٍ مِنْ وَالِدِهِ». انظر: [المسند، ٢٢/١-٢٣]. وأخرجه الحاكم، والذهبي، في كتاب الحدود، باب لا تقام الحدود في المساجد، رواه الحاكم، عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يُقَادُ وَلَدٌ مِنْ وَالِدِهِ، وَلا تُقَامُ الْحُدُودُ فِي الْمَسَاجِدِ». (هكذا نص الحديث) وسكتا عنه. انظر: [المستدرك على الصحيحين، للحاكم، وبذيله: التلخيص، للذهبي، ٣٦٩/٤]. وقد صحح محمد ناصر الدين الألباني حديث "لاَ يُقْتَلُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ"، وقال: "حديث عمرو، وابن عباس مرفوعًا: "لا يقتل والد بولده"، رواهما ابن ماجه، صحيح. انظر: كتابه:[إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، بإشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ط ٢، ١٤٠٥هـ ــ ١٩٨٥م، ٢٦٨/٧، حديث رقم (٢٢١٤)]، وقال أيضًا: «لا يُقَادُ الْوَالِدُ بِالْوَلَدِ»، صحيح، (أحمد، والترمذي) عن عمر. انظر: كتابه [صحيح الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير)، للمؤلف نفسه، وهو ناصر الدين الألباني، أشرف على طبعه: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ط٢، ١٤٠٦هـ ــ ١٩٨٦م،١٢٧٩/٢ حديث رقم (٧٧٤٤)].

(١) إرشاد الفحول، ٦٠/٢.

وكذلك الحال في الجد مع حفيده[1].

وهذا يجاب عنه: بأن قاعدة: "**تقديم الدارئ على الموجب**" في العقوبات يقتضي العمل بها عدم القصاص من الأب بقتله لولده عمدًا وعدوانًا، لأن وفور شفقة الأب على ابنه وعدم قتل الوالد ولده عادة تعتبر شبهة تدرأ عنه القصاص، ولأن المقتول جزء القاتل[2].

وامتناع القصاص من الأصل بفرعه لا يقتصر على الأب مع ابنه، بل يشمل أيضًا من هو في حكم الأب؛ كالجد من جهة الأب أو الأم، وكالأم إذا قتلت ولدها، وكالجدة من جهة الأب أو الأم، فهؤلاء يأخذون حكم الأب في عدم إمكان القصاص منهم بسبب البنوة؛ لأنهم كانوا السبب في إيجاد الابن، فصاروا كالأب، كما أنه لا يقتص من القاتل إذا كان في ورثة المجني عليه أحد من فروع القاتل؛ لأن القصاص يتعذر إيجابه لفرع القاتل، والقصاص لا يتجزأ، فتجب الدية لجميع ورثة المقتول، لأن الابن لا يثبت له قصاص على الأب[3].

(١) هذا منقول عن الإمام مالك، والجمهور على عدم الاقتصاص من الأصل بقتل فرعه، انظر: [بداية المجتهد، لابن رشد ٣٢٤/٢، ٣٢٧].

(٢) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ٢٤/٥.

(٣) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ٢٧/٥.

المبحث الثامن

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة تغليب التحريم على التحليل عند اجتماعهما والقواعد ذوات الصلة بها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني

من خلال ما سبق عرضه لقواعد اجتماع الحلال والحرام، ولبعض تطبيقاتها في قانون الجرائم والعقوبات، يمكن استخلاص بعض أوجه الإفادة من تلك القواعد في هذا القانون، ومنها ما يلي:ـ

أولاً: أن هذه القواعد تفيد القاضي في البحث والتحري عن الشبهات المسقطة للعقوبات.

سبق القول: إنّ قاعدة: "**درء الحدود بالشبهات**" من القواعد المتعلّقة بقاعدة: "**إذا اجتمع الحلال والحرام غلّب الحرام**"، ويستطيع القاضي الإفادة من هذه القاعدة في البحث والتحري عن نوع الشبهة المسقطة للعقوبة، لأنّ الشبهة سواء أكانت ناشئة من الجهل بحرمة الشيء أو تحليله على الحقيقة، أو ناشئة من اشتباه الحلال بالحرام، كمن وجد على فراشه امرأة فظنها زوجته فوطئها ثم ادعى هذا الظن فإنه لا حد عليه للشبهة(1)، ونظرًا لأهمية إعمال الشبهات في درء الحدود فإن الشبهات تعتبر أصلاً، ولهذا قال الدبوسي: "**الأصل أن صورة المبيح إذا وُجدت منَعت وجود ما يندرئ بالشبهات**"(2)، بمعنى أن صورة المبيح إذا وُجدت – كعقد النكاح على محرم من المحارم مع الجهل بأنها مَحْرم – فإنّ هذه الصورة للعقد تكون مانعًا من وجوب الحد؛

---

(1) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٤؛ القواعد، للحصني، ٤/٧٥؛ الأشباه والنظائر؛ للسيوطي، ١/٢٧٣.

(2) تأسيس النظر، لأبي زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي، ط١، المطبعة الأدبية بسوق الخضار القديم، بمصر، طبع على نفقة مصطفى القباني الدمشقي، ومحمد أمين الخانجي الحلبي، ٧٢، وهو مطبوع مع رسالة أبي الحسن الكرخي في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية، مع شواهدها ونظائرها، لأبي حفص عمر النسفي.

لأن العقد صار شبهة يندرئ به الحد [1]، وتسمى هذه الشبهة: "شبهة العقد"[2]، فعندئذ يصبح العقد صورة لدرء الحد، وإن لم يكن نكاح المحارم مباحًا في أصله.

ثانيًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في بناء أحكامه القضائية على اليقين

ووجه ذلك: أن درء الحدود بالشبهات أساسه الاحتياط من إيقاع العقاب دون دليل يقيني بإدانة المتهم، فالشك لا يقوم مقام اليقين.

ثالثًا: أن هذه القواعد تفيد في استقرار الأحكام القضائية.

وتوضيح ذلك: أنّ القاضي إذا قضى مثلاً بدرء الحد عن الزاني لشبهة من الشبهات ورجّح إعمالها على إقامة الحد، بعد بحثه وتحريه، ثم رُفع حكمه إلى درجة أعلى في التقاضي، فإن حكمه طالما كان معلّلاً بأن الحدود تدرأ بالشبهات فإنّه يكتسب صفة التأييد؛ لأنه أعمل جهده وفكره في تحقيق موضع الشبهة، وهكذا في أحكام أخرى.

رابعًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في التطبيق السليم لنصوص التجريم والعقاب.

وتوضيح ذلك: أنّ نصوص التجريم والعقاب إذا وردت بنص مشتمل على الإعفاء ودرء العقاب، فإن التطبيق السليم لمثل هذه النصوص يقتضي البحث عن أسباب الإعفاء، والأسباب الدارئة للعقوبات، وهذا واضح من خلال ما سبق ذكره في المبحث السابق، كما أن على القاضي أن يبحث عن أسباب تغليب امتناع العقوبات، كحالات الاستضعاف؛ مثل: الإكراه، وحالات الضرورة.

خامسًا: أن هذه القواعد تبيّن دور القضاء في تشجيع المجرمين على عدم الاسترسال في الجرائم.

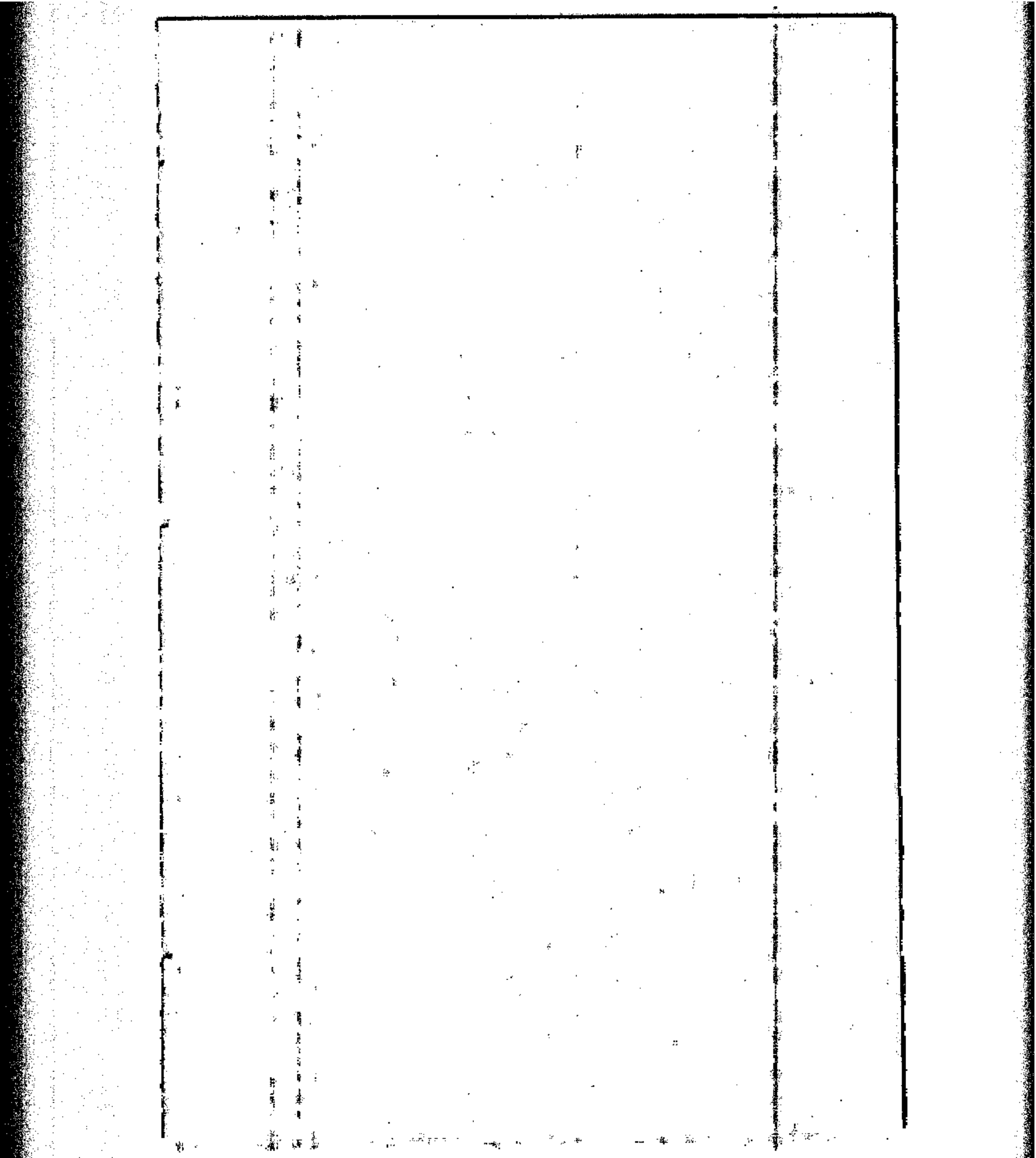
وهذا واضح من خلال ما سبق ذكره من إعفاء المحارب من العقوبات الحدية للحرابة إذا تاب قبل القدرة عليه، فالقاضي إذا أصدر حكمه بإعفاء المحارب من العقاب في هذه الحالة فإنه يكون قد عمل على تشجيع المحاربين من عدم

---

(1) تأسيس النظر، للدبوسي، ٧٢، ٧٣؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٤٣.

(2) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٤٣.

الاسترسال في جرائمهم حتى النهاية، وبذلك يكون قد أسهم في تجنيب المجتمع أضرارًا كان مهدّدًا بها من المحاربين، كما أنّ مثل هذا الحكم يزيد من ثقة الناس بالقضاء، ومن ثقة المتهمين من أنّ للقضاء الكلمة الفصل في إعفائهم من العقوبات إذا تابوا قبل القدرة عليهم.



الفصل الثالث

قاعدة حكم وسيلة الواجب والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءت الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن

وفيه المباحث التالية:ـ

المبحث الأول: قاعدة حكم وسيلة الواجب في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: موقف القانون اليمني من قاعدة حكم وسيلة الواجب.

المبحث الثالث: أمثلة تطبيقية للإفادة من قاعدة حكم وسيلة الواجب في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني.

المبحث الرابع: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة حكم وسيلة الواجب في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني.

المبحث الخامس: أمثلة تطبيقية للإفادة من قاعدة حكم وسيلة الواجب في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني.

المبحث السادس: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة حكم وسيلة الواجب في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني.

المبحث السابع: أمثلة تطبيقية للإفادة من قاعدة حكم وسيلة الواجب في قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

المبحث الثامن: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة حكم وسيلة الواجب في قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

المبحث الأول

قاعدة حكم وسيلة الواجب في الشريعة الإسلامية

من المقررات الشرعيَّة: أن الواجبات لها وسائل لا تتم إلا بها، وهو ما يعبر عنه في أصول الفقه بأن: "**الأمر بالشيء هل يقتضي وسيلة المأمور به أو لا يقتضيها وهو معنى قولهم: ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**"[1]، فهذه القاعدة أصولية من جهة تعلقها بالواجب، الذي هو من أقسام الحكم الشرعي التكليفي، وهي تبحث في حكم وسيلة الواجب[2]، فهل هو الوجوب المطلق؟ أم لا؟ ولهذا لابُدّ من معرفة آراء العلماء في هذه القاعدة.

أولاً: آراء العلماء في قواعد حكم وسيلة الواجب، والقواعد المعبَّر بها عن ذلك

للعلماء في حكم وسيلة الواجب رأيان، هما: -

الرأي الأول: أن مالا يتم الواجب إلا به فهو واجب

وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء، فهو قول الحنفية[3]، وجمهور

---

(١) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للشريف أبي عبد الله محمد بن أحمد المالكي التلمساني، حققه وخرج أحاديثه، وقدم له: عبد الوهاب عبد اللطيف، الناشر: مكتبة الخانجي، مصر – القاهرة، ط٢، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦، ٣٣

(٢) تنقيح الفصول، للقرافي، ١٦٠؛ مفتاح الوصول، للتلمساني، ٣٣.

(٣) كشف الأسرار، للنسفي، ١/١١١؛ التحرير في أصول الفقه لابن الهمام؛ وتيسير التحرير على كتاب التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر، ٢/٢١٥

المالكية[1]، وأكثر الشافعية[2]،وهــو الأصح عندهم[3]، وهو قول أكثر الحنابلة[4]، والمصحـــح عنـــد بعضهم[5]؛ وهو المختار عند الزيدية[6]، وهو المذكور عن أكثر الإمامية[7]، وهو مذهب الإباضية[8].

---

(١) قال القرافي:" عندنا وعند جمهور العلماء: مالا يتم الواجب المطلق إلاّ به وهو مقدور للمكلف فهو واجب". انظر: [تنقيح الفصول، ١٦٠]، وانظر في هذا القول عند المالكية: [مفتاح الوصول، للتلمساني، ٣٣].

(٢) الورقات في علم أصول الفقه، للجويني، ٦١؛ المحصول، للرازي، ١٨٩/٢؛ المنهاج، للبيضاوي، ١١٢/١؛ الإحكام، للآمدي، ٣١٩/١؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ١٣١، ١٣٣؛ المنثور في القواعد، للزركشي؛ ١١٦/١، ١٢٩، مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بقطر، ط٢، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ٨٦/١؛ شرح الورقات، للمحلي، ٦١.

(٣) المحصول، للرازي، ١٨٩/٢؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي ١٣٣؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة،طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية،قطر،ط٢، ١٤٢٠هـ-١٩٩٩م، ٨٦/١-٨٧.

(٤) العدة في أصول الفقه،للقاضي أبي يعلى، ٤١٩/٢؛ التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ٢٢١/١-٢٢٢؛ روضة الناظر، لابن قدامة، ١٠٧/١-١٠٨؛ الحلال والحرام وبعض قواعدهما في المعاملات المالية، لابن تيمية، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، ط١، ١٤١٦هـ، ط٢، ١٤٢٥هـ طبع وإخراج: شركة البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ١٤؛ السياسة الشرعيّة في إصلاح الراعي والرعية، للمؤلف نفسه، ١٩؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية،٥٤؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ١٣٤.

(٥) المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٥٤؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام،١٣٤.

(٦) أصول الفقه المسمى إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٨٦، ٢٨٧، ٢٨٨، ٢٨٩؛ إرشاد الفحول، للشوكاني،٣٩٠/١، نبذة مختصرة من كتاب شذور الذهب في تحقيق المذهب، لعبد الله بن الحسين دلامة (في مقدمة شرح الأزهار، لابن مفتاح، ١٥/١).

(٧) تهذيب الأصول، لعبد الأعلى الموسوي، ٢١٩/١، ٢٢٢؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ٨٤/١، ٨٥، ١٣٥، ٢٥٩/٢، ٢٦٩، ٢٧٠، ٢٩١.

(٨) العدل والإنصاف في معرفة أصول الفقه والاختلاف، للورجلاني، ٨٥/١.

ومن القواعد المعبَّر بها عن هذا الرأي ما يلي: -

١ - " ما لا يتمُّ الواجب إلاّ به فهو واجب"[١].

٢ - "ما لا يتأتّى الواجب إلاّ به فهو واجب"[٢].

٣ - "ما يتوقّف عليه الواجب واجبٌ"[٣].

٤ - "الموصّل إلى الواجب واجب"[٤].

وهذه القواعد متشابهة لفظًا ومعنى، وهي تعبّر جميعها عن هذا الرأي للعلماء، فمعناها: أن الواجب إذا كان يتوقف على شيء فإن هذا الشيء يكون حكمه الوجوب؛ ولذلك تسمى هذه القواعد: "مقدمة الواجب"[٥]، بمعنى: أن الخطاب الدال على وجوب الشيء يكون دالاً أيضًا على وجوب ما يتوقف عليه، كالصلاة فإنها واجبة، ويتوقف وجوبها على استقبال القبلة[٦]، كما أن هذه القواعد تعني: أن حكم الوسيلة للأمر المطلوب يَتْبع حكم ذلك الشيء المطلوب، بحيث إذا كان الواجب لا يتم إلاّ بوسيلة ما فإن هذه الوسيلة التي لا يتم الواجب إلاّ بها تكون واجبة تبعًا لوجوب المقصود[٧].

---

(١) مفتاح الوصول، للتلمساني، ٣٣؛ الإحكام، للآمدي، ٣١٩/١؛ الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ١٣١/١؛ السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ١٩؛ الحلال والحرام وبعض قواعدهما في المعاملات المالية، للمؤلف نفسه، ١٤.

(٢) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ١٣٣.

(٣) تيسير التحرير، لأمير بادشاه، على كتاب التحرير، لابن الهمام، طبعة دار الفكر، ٢١٦/٢.

(٤) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة. وقال الشوكاني:"ما لا يحصل الواجب إلاّ به واجب". [إرشاد الفحول،٣٩٠/١].

(٥) الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ١٠٣/١.

(٦) الورقات في علم أصول الفقه، للجويني، وشرح الورقات، للمحلي، ٦١.

(٧) المستصفى، للغزالي، ٧٣/١.

ومن خلال هذه القواعد يتضح أن هذا الرأي عند الجمهور معناه: أن وجوب الشيء يوجب ما يتوقف عليه ذلك الشيء مطلقًا، سواء أكان ذلك الشيء المتوقف عليه وجوب الواجب شرطًا أو سببًا، وسواء أكان ذلك السبب أو الشرط شرعيًّا أو عقليًّا أو عاديًّا (أو شرعيين أو عقليين أو عاديين)؛ فالسبب الشرعي كالتلفظ بما يفيد العتق فإنه سبب شرعي للعتق الواجب بنذر أو غيره، والسبب العقلي كحز الرقبة للقتل الواجب – كالقصاص – فحز الرّقبة سبب عقلي؛ لأن العقل يقضي بأن حزّ الرقبة سببٌ للقتل، وهو أيضًا سبب عادي لأن العادة جرت بأن حزّ الرقبة سببٌ للقتل، والشرط الشرعي كالوضوء بالنسبة للصلاة، والشرط العقلي كترك أضداد المأمور به، والشرط العادي كغسل جزء من الرأس في الوضوء للعلم بحصول غسل الوجه[1].

وقد اشترط الجمهور في رأيهم هذا القائل: بأن ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجبٌ بأن تكون وسيلة الواجب المأمور به مقدورة للمكلف[2]، ويمثلون لهذا الشرط بقول قائل لشخص لديه المقدرة: اصعد السطح، فإن هذا الأمر لا يتحقق إلاّ بالصعود، والصعود يقتضي وسيلة هي نصب السلم من قبل المأمور بالصعود بشرط قدرته على نصبه، فالصعود سبب لتحقيق الأمر، ونصب السلم شرط لتحقيق الصعود، فالأمر يقتضي القيام بجميع ما يتوقف عليه فعل المأمور به[3].

إلاّ أنه قد قيل: إن مِنَ القائلين بأن ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب من ذهب إلى أن الوجوب فيما يتوقف عليه الواجب إنما يكون في الشرط الشرعي لا في غيره[4].

---

(١) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام؛ وتيسير التحرير على كتاب التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر، ٢/٢١٧،٢١٥؛ التمهيد، للإسنوي، ١٣٤

(٢) المنهاج، للبيضاوي مع شرحه الإبهاج، لعلي بن عبد الكافي السبكي، ١/١٠٣؛ المستصفى، للغزالي، ١/٧٣؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ١٣٤.

(٣) مفتاح الوصول، للتلمساني، ٣٣؛ التمهيد، للإسنوي، ١٣٤.

(٤) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام؛ وتيسير التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر، ٢/٢١٥

حجج أصحاب هذا الرأي

احتج الجمهور على رأيهم هذا بما يلي: -

١ - أن الأمر يقتضي إيجاب الفعل فاقتضى مقدمته، أي أن الأمر يقتضي وجوب ما يتوقف عليه إيجاب الفعل، إذ لو لم يقتض الأمر إيجاب ما يتوقف عليه الواجب - أولم يقتض وجوب الوسيلة المحققة للواجب - لكان الشخص مكلفًا بالواجب مع عدم تحقق وسيلته، وذلك تكليف لا يطيقه الشخص[١].

٢ - أن الوسيلة لو لم يكن مأمورًا بها لساغ للمكلف تركها، ولو ساغ له تركها لساغ له ترك الواجب لتوقف الواجب عليها، ولو ساغ له ترك الواجب لكان الأمر غير واجب[٢]؛ لأنه لو لم يجب الشيء الذي لا يتحقق الواجب إلاّ به لجاز ترك الواجب المأمور به، وهذا لا يصح، حيث لا يؤمر بالواجب ثم لا يوجد ما يحققه[٣]، فالأمر بالصلوات مثلاً أمر بالطهارة المؤدية إليها إذ الصلاة لا تصح بدون الطهارة[٤].

٣ - أنه لو لم يجب ما لا يتم الواجب إلاّ به لما وجب التوصل إلى الواجب[٥].

٤ - أنه معلوم بالعقل أن كل عاقل إذا علم وجوب شيء عليه وكان حصوله يتوقف على مقدماته، فإنه لابد من تحصيل تلك المقدمات ليتوصل بها إلى فعل ذلك الشيء بها[٦].

٥ - أما اشتراط الجمهور للواجب الذي لا يتم الواجب إلاّ به بأن يكون مقدورًا

---

(١) كشف الأسرار، للنسفي، ١/١١١

(٢) مفتاح الوصول، للتلمساني، ٣٤.

(٣) حاشية الدمياطي على شرح المحلي على الورقات في علم أصول الفقه، ٦١؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ١/٣٩٠.

(٤) الورقات في علم أصول الفقه، للجويني، وشرح المحلي على الورقات، ٦١

(٥) تيسير التحرير، لأمير بادشاه، على كتاب التحرير، لابن الهمام، طبعة دار الفكر، ٢/٢١٥

(٦) أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ٢/٢٥٩

للمكلف، فقد علّلوه بأن ما لم يكن مقدورًا للمكلف فإنه لا يوصف بالوجوب لانعدام القدرة على الفعل، فإذا كان المكلّف غير قادر على الوسيلة أو كانت الوسيلة خارجة عن اختياره فإنها تعتبر وسيلةً معجوزًا عنها، فإيجاب الصلاة – مثلاً – أمر بإيجاب ما لا تتم الصلاة إلاّ به؛ كالطهارة، وهذا شرط شرعي مقدور للمكلف، والأمر بالحج أو بصلاة الجمعة أمر بإيجاب ما لا يتم الحج إلاّ به وأمر بما لا تتم الجمعة إلاّ به، فالحج لا يتم إلاّ بالذهاب إليه والجمعة لا تتم إلاّ بالسعي إليها، وهو شرط حسي، وكل هذا يوصف بالوجوب[1]، لأن الوسيلة هنا وجبت بواسطة وجوب المقصود[2].

الرأي الثاني: أنّ مالا يتم الواجب إلاّ به فليس بواجب

وهذا ما ذهب إليه بعض المالكية[3]، وبعض الشافعية[4]، وبعض الحنابلة[5]، وبعض الإمامية[6]، وبعض العلماء[7].

ومن القواعد المعبَّر بها عن هذا الرأي ما يلي: –

١ – **" مالا يتم الواجب إلاّ به فليس بواجب"[8].**

٢ – **" أن الأمر بالشيء لا يكون أمرًا بما يتوقف عليه ذلك الشيء"[9].**

والقاعدتان بمعنى واحد، فهما تدلان صراحة على أن مالا يتم الواجب إلاّ

---

(١) تنقيح الفصول، للقرافي، ١٦٠–١٦١؛ المستصفى، للغزالي، ٧٣/١؛ الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ١٠٣/١.

(٢) روضة الناظر، لابن قدامة، ١٠٧/١–١٠٨؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٥٤

(٣) مفتاح الوصول، للتلمساني، ٣٤.

(٤) المنهاج، للبيضاوي، ١٠٩/١؛ الإحكام، للآمدي، ٨١/١؛الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ١٠٩/١؛ التمهيد، للإسنوي، ١٣٥.

(٥) المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٤٥؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام،١٣٤.

(٦) أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ٢٩١/٢، ٢٩٢

(٧) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، وتيسير التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر، ٢١٥/٢.

(٨) المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٥٤؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ١٣٤.

(٩) مفتاح الوصول، للتلمساني، ٣٤.

به فليس بواجب على الإطلاق، أي: أن الأمر بإيجاب الشيء لا يدل على إيجاب ما يتوقف عليه – سواء أكان ما يتوقف عليه الواجب سببًا أو شرطًا – فالأمر بالشيء لا يكون أمرًا لا بالسبب ولا بالشرط(١).

ومن الأصوليين من قال بهذا المذهب وقصره على الشرط دون السبب، بمعنى: أن ما لا يتم الواجب إلاّ به وكان يتوقف على الشرط والسبب فإن السبب يكون واجبًا دون الشرط(٢)، وأصحاب هذا المذهب ليس لهم حجج تدعم مذهبهم؛ ولذلك لم يقف العلماء كثيرًا عند هذا المذهب، بل ردوا عليهم ردًا مختصرًا، بأنه "تفريق بلا دليل"(٣).

مناقشة الباحث لهذا الرأي

هذا الرأي يمكن أن يجاب عنه: بعدم معقوليته؛ لأن الله تعالى خلق الخلق لعبادته والعمل الصالح، فالقيام بالعبادة والعمل الصالح واجب، وهذا الواجب لا يتم إلاّ بوسيلة تساعد العبد على ذلك كالأكل والشرب واللباس، وكل ما يحتاج إليه للقيام بواجب العبادة لله، وقد ثبت هذا بما روي عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: **«أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّ اللَّهَ طَيِّبٌ لا يَقْبَلُ إِلاَّ طَيِّبًا، وَإِنَّ اللَّهَ أَمَرَ الْمُؤْمِنِينَ بِمَا أَمَرَ بِهِ الْمُرْسَلِينَ فَقَالَ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلرُّسُلُ كُلُوا۟ مِنَ ٱلطَّيِّبَٰتِ وَٱعْمَلُوا۟ صَٰلِحًا ۖ إِنِّى بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ ﴿٥١﴾ ﴾(٤)، وَقَالَ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُلُوا۟ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَٰكُمْ ﴾ (٥)» ثُمَّ ذَكَرَ: «الرَّجُلَ يُطِيلُ السَّفَرَ، أَشْعَثَ أَغْبَرَ، يَمُدُّ يَدَيْهِ إِلَى السَّمَاءِ: يَا رَبِّ يَا رَبِّ! وَمَطْعَمُهُ حَرَامٌ وَمَشْرَبُهُ**

---

(١) مفتاح الوصول، للتلمساني، ٣٤؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٥٤؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ١٣٤.

(٢) المحصول، للرازي، ٢/١٨٩.

(٣) أصول الفقه المسمى إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٨٨.

(٤) الآية ٥١ من سورة المؤمنون.

(٥) من الآية ١٧٢ من سورة البقرة.

حَرَامٌ وَمَلْبَسُهُ حَرَامٌ وَغُذِيَ بِالْحَرَامِ، فَأَنَّى يُسْتَجَابُ لِذَلِكَ؟!»[1]، فهذا الحديث يتضمن اتخاذ الوسائل التي تحقق الأمر المطلوب، وقد أشار ابن تيمية إلى دلالة هذا الحديث على وجوب اتخاذ كل وسيلة لتحقيق الواجب بقوله:" قد بين ﷺ أن الله أمرَ المؤمنين بما أمر به المرسلين من أكل الطيبات، كما أمرهم بالعمل الصالح، والعمل الصالح لا يكون إلاّ بأكل، وشرب، ولباس، وما يحتاج إليه العبد من مسكن، ومركب، وسلاح يقاتل به، وكُرَاع[2] يقاتل عليه، وكتب يتعلم منها، وأمثال ذلك ممَّا لا يقوم ما أمر الله إلاّ به، وما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"[3].

الترجيح ورأي الباحث

من خلال ما سبق عرضه يرى الباحث أن رأي الجمهور القائل: بأن ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب هو الرأي الراجح؛ للحجج التي ذكروها، ولضعف الرأي الثاني القائل: بأن ما لا يتم الواجب إلاّ به فليس بواجب، لعدم نهوض أصحاب هذا الرأي بحجة، ولأن القول بهذا الرأي يؤدي إلى تعطيل كثير من الأحكام، فإن الشارع إذا أمر بأمر، كالصلاة مثلاً، فإنه من غير المعقول أن يتحقق هذا الأمر بدون طهارة فلا بد منها ليتحقق فعل الصلاة، إضافة إلى ذلك فإن الحرج مرفوع؛ لقيام الدليل على ذلك؛ كقوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[4]، ولو أوجب الشارع شيئًا ولم تكن وسيلة تحقيقه في قدرة المكلف لكان في ذلك مشقة وحرج، وهذا بعكس ما إذا كانت الوسيلة في قدرته، فإن وسيلة الواجب تصبح واجبة بواسطة وجوب الشيء المقصود، لأن الواجب يتوقف على مالا يتم إلاّ به، وهكذا يتبين لنا أن الأمور التي لا يتم الواجب إلاّ بها يثبت إيجابها لأداء الواجب، فتثبت تبعًا للواجب.

---

(١) أخرجه مسلم واللفظ له (١٢) كتاب الزكاة (١٩) باب قبول الصدقة من الكسب الطيب وتربيتها، حديث رقم (١٠١٥) ٢/١٧٠٣، وأحمد في المسند ٢/٣٢٨.

(٢) الكراع: اسم يجمع الخيل والسّلاح. انظر: [لسان العرب، ١٣/٥٢].

(٣) الحلال والحرام وبعض قواعدهما في المعاملات المالية، ١٤

(٤) من الآية ٧٨ من سورة الحج.

ثانيًا: أثر قاعدة ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب في ترك الحرام

بعد أن اتضحت قاعدة ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب، ولمّا كان من المعلوم أن ترك الحرام أمر واجب، فإن هذا يعني وجود ارتباط بين قاعدة: **"ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"** وبين ترك الحرام، فحيث كان ترك الحرام واجبًا وكان ما لا يتم الواجب إلاّ به واجبًا، كان ترك الحرام لا يتم إلاّ بما يحققه، لذلك فإن ما لا يتم ترك الحرام إلاّ به يكون منهيًّا عنه[1]، والوسيلة التي لا يتم ترك الحرام إلاّ بها تكون واجبة، والوسيلة التي لا يتم ترك الحرام إلاّ باجتنابها تكون محرمة.

أسباب تحريم ما لا يتم ترك الحرام إلاّ بتركه

يرجع تحريم مالا يتم ترك الحرام إلاّ به إلى أسباب، منها: –

١ – كون وسيلة المحرم جزءًا من المحرم؛ كالزنى، فإن النهي عنه نهي عن أجزائه؛ كالإيلاج الذي لا يتحقق الزنى إلاّ به، ولذلك يكون الإيلاج واجب الترك.

٢ – أن تكون وسيلة المحرّم مقدمة للحرام؛ كالمفاخذة والقُبلة، فإنهما من مقدمات الزنى؛ ولذلك يجب تركهما، لأنهما مقدمات وسببٌ لما هو منهي عنه وهو الزنى.

٣ – اشتباه المحرّم بغيره وعسر التمييز بينهما، فإذا اشتبه المحرم بغيره وعَسُر التمييز بينه وبين غيره فإنه يجب اجتناب غير المحرم، حذرًا من الوقوع في المحرم؛ كاختلاط أخت الرجل مثلاً بأجنبيات في بلدة صغيرة بحيث يكون من العسير عليه التمييز بينها وبين الأجنبية، فإنه يجب عليه ترك نكاحِ الجميع وإن كان نكاح الأجنبية ليس محرمًا في ذاته، لكن لمّا اختلطت أخته بأجنبيات وعسر عليه التمييز بينها وبينهن كان ترك نكاح الأجنبيات من ضرورات تحريم نكاح الأخت؛ ولا يمكن الكف عن المحظور في مثل هذه الحالة إلاّ بالكف عماً ليس بمحظور[2].

---

(١) المنهاج، للبيضاوي، ١/١١٣؛ المستصفى، للغزالي، ١/٧٤؛ الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ١/١١٣؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ١٤٣؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ١٣٥؛ حاشية الدمياطي – بهامش شرح الورقات – ٦١.

(٢) انظر ما سيأتي في التطبيقات لهذه القاعدة في المبحث الثالث من هذا الفصل.

المبحث الثاني

موقف القانون اليمني من قاعدة حكم وسيلة الواجب

لم ينص القانون اليمني على هذه القاعدة لا تصريحًا ولا تلميحًا؛ ولذلك لا بُدَّ من البحث عن مدى الاستناد إلى هذه القاعدة في تطبيق القانون، خصوصًا وأن دستور الجمهورية اليمنية قد نص في مادته الثالثة على أن: "الشريعة الإسلامية مصدر جميع التشريعات"، فالسؤال الذي يطرح نفسه هو هل يجوز أن تكون هذه القاعدة سندًا للقاضي في تطبيق القانون؟

عدم نَصّ القانون اليمني على هذه القاعدة لا يعني عدم إعمالها

وللإجابة على هذا السؤال نقول: من الملاحظ أن القانون اليمني – خصوصًا ما نحن بصدده من قوانين: الأحوال الشخصيَّة، والإجراءات الجزائيَّة، والجرائم والعقوبات – قد ذكرت في بعض مواده وسائل يتوصل بها إلى تطبيق القانون؛ كالبحث مثلاً عن المفقود بشتى الوسائل التي تثبت فقده من عدمه، وغير ذلك من الأمثلة التي سترد في التطبيقات، وهو ما يعني: أن هذه القاعدة تصلح للاستناد إليها في تطبيق القانون، ووجوب التوسل بكل الوسائل المشروعة لتحقيق هذا الغرض، فعدم نص القانون اليمني على هذه القاعدة أو الإرشاد إلى معناها في قواعد مخصوصة لا يعني أنه لا يجوز الاستناد إليها في الأحكام القضائية وتحقيق العدل؛ لأن القاضي ملزم بمراعاة مبادئ الشريعة الإسلامية ومبادئ العدالة عند عدم وجود نص قانوني، وهذا ما نصَّت عليه المادة الأولى من القانون المدني بقولها: "يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظًا ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكَم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعًا، فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الشرعيَّة الموافقة لأصول الشريعة..."، فهذا النصّ قد أوجب على القاضي الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند عدم وجود نص في القانون يمكن تطبيقه، ولذلك

فإن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الثاني من المصادر الرسمية في القانون اليمني بعد المصدر الأول الذي هو التشريع المتمثل في نص القانون[1].

فإذا كانت مبادئ الشريعة الإسلامية مصدرًا لتطبيق القانون يرجع إليه القاضي فيما لا نص فيه في الواقعة المنظورة أمامه، فإن هذا يعني أنه يجب عليه البحث عن حل للنزاع المنظور أمامه في مبادئ الشريعة الإسلامية، ويدخل في مبادئ الشريعة الإسلامية: قواعدها؛ ولذلك لا مانع من استناد القاضي إلى قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" لحل النزاع المنظور أمامه عند عدم وجود نص في القانون لحل ذلك النزاع.

وعن وجوب رجوع القاضي إلى قواعد الشريعة الإسلامية لحل النزاع المنظور أمامه يقول الدكتور/ محمد بن حسين الشامي:"إذا لم يجد القاضي نصًا يحكم النزاع فإن عليه أن يبحث عن الحل في مبادئ الشريعة الإسلامية، والمتمثلة في كتاب الله، ثم في سنة رسول الله، ثم في اجتهاد الصحابة رضوان الله عليهم، فإن لم يجد بَحَثَ عن الحل من خلال القواعد الأصولية – وموضوعهما علم أصول الفقه – ثم القواعد الفقهية – وموضوعهما علم الفروع – حيث يتخرج من كل قاعدة عدة مسائل فرعية... فقواعد الشريعة الإسلامية كاملة بكمال الشريعة، والله تعالى يقول: ﴿ٱلۡيَوۡمَ أَكۡمَلۡتُ لَكُمۡ دِينَكُمۡ وَأَتۡمَمۡتُ عَلَيۡكُمۡ نِعۡمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلۡإِسۡلَٰمَ دِينٗاۚ ﴾[2]؛ ولهذا فإن على القاضي البحث في تلك القواعد ليتوسل بها لحل النزاع المنظور أمامه فيما لم يرد فيه نص، ومن تلك القواعد: "**مالا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" فهي قاعدة أصولية دالة على أن الأمر الواجب فعله أو تركه لا يتحقق إلاّ بوسيلة من الوسائل، فالقاضي في اليمن حينما يرجع إلى القواعد الأصولية في تطبيق القانون فإنه يرجع إليها بحكم القانون الذي أوجب عليه البحث عن الحل لموضوع النزاع، إذ "من

(١) الوجيز في مدخل القانون، د.محمد بن حسين الشامي، ١٢٧

(٢) السابق، ١٢٨، والنص القرآني هو من الآية رقم ٣ من سورة المائدة.

الطبيعي عندما يوضع قانون مستمد من الشريعة وفقهها أن ينص على وجوب الرجوع إلى هذه الشريعة وذلك الفقه لاستخراج الحكم الشرعي للمسألة المعروضة"[1]، والقانون اليمني مستمد من الشريعة الإسلامية، ولهذا يجب على القاضي الرجوع إلى قواعدها؛ لأنّ ما "قرره القانون المدني يعني أن الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق، وأن كل ما فعلته السلطة اليمنية هو صياغة الأحكام الشرعيّة صياغة قانونية وجعلها قانونًا ملزمًا"[2].

كما أن نص المادة الأولى من القانون المدني اليمني – سالفة الذكر – توجب على القاضي الأخذ بمبادئ العدالة التي هي المصدر الرابع من مصادر القانون اليمني، بعد العرف الذي يمثل المصدر الثالث، إذ يجد القاضي في مبادئ العدالة التي تسمى أيضًا: "قواعد العدالة"[3] حلاً للنزاع المنظور أمامه بعد استفراغ جهده للبحث عن حل ذلك النزاع في المصادر الثلاثة الأولى؛ لأن مبادئ العدالة تهدف إلى إيتاء كل ذي حق حقه، فيصل القاضي من خلال إعمال تلك المبادئ إلى حسم النزاع بالعدل والإنصاف[4].

وقواعد العدالة في القانون اليمني ليست مفهومًا غامضًا، بل إنّ مفهومها واضحٌ وصريحٌ في أن تكون موافقة لأصول الشريعة، وهذا واضح من نص المادة الأولى من القانون المدني التي جاء فيها:"... فإن لم يوجد عُرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية..."؛ ولذلك فإنّ حكم القاضي لا يكون عادلاً إلاّ إذا وافق أصول الشريعة الإسلامية، وحكمه من حيث الموضوع لا يكون

---

(١) الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، د.يوسف القرضاوي، الناشر:مكتبة وهبة، القاهرة، ط٣، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، مطبعة المدني، المؤسسة السعودية بمصر، القاهرة، ٦١.

(٢) نظرات في الشريعة الإسلامية د. عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ- ٢٠٠٠م، ١٧٤.

(٣) الوجيز في مدخل القانون د.محمد بن حسين الشامي، ١٣٤.

(٤) السابق، نفس الصفحة.

إلاّ كاشفًا أو مقررًا للحكم العادل في الشريعة الإسلامية، بعد استفراغ الجهد والبحث في إثبات صحة الدعاوى أو نفيها، واتباع كل السبل لذلك، وهذا كله من باب: "**مالا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**"، فالعدل يستلزم التوسل بكل ما يحققه وفقًا لهذه القاعدة التي توجب التوسل بكل الوسائل لتحقيق أحكام الشرع.

ومن خلال هذا يتضح أن القانون اليمني يوجب العمل بقواعد الشريعة الإسلامية، ولا يقتصر هذا الوجوب على القانون المدني وحده؛ لأن نص القانون المدني على وجوب الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية في حل النزاع يمتد إلى كافة فروع القانون؛ لأن القانون المدني أصل لفروع القوانين الأخرى، فهو: "الشريعة العامّة للقانون الخاص التي يجب تطبيقها ما لم يوجد نص استثنائي خاص بالعلاقة محل النزاع"[1]، وهذا يشمل فروع القانون الخاصّة بموضوع البحث وهي: الأحوال الشخصيّة، والإجراءات الجزائيّة، والجرائم والعقوبات.

(١) دروس في مدخل القانون، عميد دكتور/عوض محمد يعيش، ط١، ٢٠٠٣ – ٢٠٠٤م، ٤١.

المبحث الثالث

أمثلة تطبيقية للإفادة من قاعدة حكم وسيلة الواجب في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني

من الأمثلة التطبيقية لقاعدة حكم وسيلة الواجب في قانون الأحوال الشخصيَّة ما يلي: –

أولاً: التطبيق في الأنكحة

١- وجوب النكاح لوجوب ترك الزنى في حالة التوقان

نصت المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م، بشأن الأحوال الشخصيَّة وتعديلاته – على الغاية من الزواج بقولها: "الزواج: هو ارتباط بين زوجين بعقد شرعي تحل به المرأة للرجل شرعًا، وغايته: تحصين الفروج، وإنشاء أسرة قوامها حسن العشرة".

وبتطبيق قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" على هذا النص، يمكن القول: إن تحصين الفروج من الوقوع في الحرام واجب، ومن الوسائل التي لا يتم هذا الواجب إلاّ بها: النكاح، فهو وسيلة لترك الزنى، وهذه الوسيلة تكون واجبة في حالة التوقان التي يخاف منها – أو يغلب على الظن – الوقوع في الزنى، فمن يخشى على نفسه الوقوع في الزنى أو يغلب على الظن وقوعه فيه فإنه يجب عليه النكاح؛ لأنه يتوصل به إلى تحقيق واجب وهو ترك الزنى، وما يتوصل به إلى الواجب فهو واجب[1]، كما أن ترك النكاح قد يعتبر أيضًا وسيلة يتوصل بها لترك الزنى، فالعاجز عن الوطء مثلاً يكون النكاح في حقه محرّمًا؛ لما في ذلك من

(١) المختار والاختيار لتعليل المختار، لمحمود بن مودود الموصلي، ٣/٨٢.

تعريض الزوجة للزنا، كما أنه لا سبيل إلى إنشاء أسرة قوامها حسن العشرة، وما يتبع ذلك من وجود أولاد إلا النكاح.

٢ – وجوب ترك عقد النكاح على إحدى المحارم لوجوب ترك وطئها

من المحرّمات في النكاح في القانون اليمني: الأصول، والفروع، وأصول الزوجة لمجرد العقد عليها، وفروعها بعد الدخول عليها، وهذا ما نصّت عليه المادة رقم (٢٤) من قانون الأحوال الشخصيّة– المعدلة بالقانون سالف الذكر– بقولها: "يحرم على المرء من النسب: أصوله، وفروعه، ونساؤهم، ومن تناسل من أبويه، وأول درجة من نسل أجداده، وجداته وإن علون"، فهذا النّصّ صريح في تحريم عقد النكاح على المحارم، ويُفهم منه: أن المحرميّة من العِلَل المانعة من الزواج، ويعلم منه أيضًا ترك وطء المحارم من باب أولى؛ لأن المحرميّة إذا كانت سببًا لمنع عقد الزواج، فإنها تكون سببًا لترك وطء المحارم من باب أولى.

وبتطبيق قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" على هذا النّصّ يمكن القول: إن عقد النكاح على إحدى المحارم مُحَرّم؛ لأن ذلك سبب لمحرم هو وطء المحارم، وما لا يتم ترك المحرم إلاّ به يكون حرامًا، وقد ثبت تحريم نكاح المحارم بقوله تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ ﴾ [(١)]، فهذا يدل على أن النساء اللاتي يحرمن من قبل النسب هنّ السبع المذكورات في القرآن: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت[(٢)].

---

(١) من الآية ٢٣من سورة النساء.

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢٦/٢. والأم ههنا: اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الأم أو من جهة الأب، والبنت: اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن – كبنت الابن– أو من قبل البنت– كبنت البنت– والأخت: اسم لكل أنثى شاركتك في أحد أصليك أو مجموعيهما، أي الأب أو الأم، والعمة: اسم لكل أنثى هي أخت لأبيك، والخالة: اسم لأخت أمك، وبنات الأخ: اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها أو مباشرة.وبنات الأخت: اسم لكل أنثى

ثانيًا: التطبيق في حقوق الزوجية

وجوب ترك الزوج وطء زوجته – عند اشتباهها بأجنبية – لوجوب ترك وطء الأجنبية

تمكين الزوجة لزوجها بوطئها يعتبر من العشرة الحسنة بين الزوجين لما فيه من تحقيق مصلحة لكل منهما في تحصين فرجيهما وإنشاء الأسرة، وهذا ما نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة رقم (٤٠) ـ المعدلة بنفس القانون السالف ذكره ـ بقولها: "للزوج على الزوجة حق الطاعة فيما يحقق مصلحة الأسرة على الأخص فيما يلي... (٢) تمكينه منها صالحة للوطء المشروع"، فهذا النصّ يجعل حق الوطء من أسباب العشرة الحسنة بين الزوجين.

وبتطبيق قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" على هذا النص، يمكن القول: مع أنّ حق الوطء من أسباب العشرة الحسنة بين الزوجين، إلاّ أنه قد يكون ترك وطء الزوجة واجبًا لوجوب ترك وطء الأجنبية، كما إذا اختلطت زوجة الرجل بأجنبية واشتبهت عليه بحيث يكون من العسير عليه تمييز زوجته عن الأجنبية، إذ إنّ وطء الأجنبية محرم، وترك هذا المحرم في هذه الحالة لا يتم إلا بترك وطء الزوجة والأجنبية معًا إلى أن يتبين الأمر للزوج، فترك وطء الزوجة سبب لترك وطء الأجنبية، وما لا يتم ترك الحرام إلاّ به فهو محرم، وتحريم وطء الزوجة راجع لعلة الاختلاط بالأجنبية واشتباهها بها[1].

وترجع أهمية ذكر هذا المثال إلى تجنب كثير من المفاسد التي يترتب

لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها، فهؤلاء الأعيان السبع محرمات. انظر: [بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٦].

(١) المستصفى، للغزالي، ١/٧٤؛ المحصول في علم الأصول، للرازي، ٢/١٩٥؛ منهاج الوصول، للبيضاوي، ١/١١٣، وشرحه المسمى الإبهاج، ١/١١٣؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ١٤٣؛ حاشية الدمياطي – بهامش شرح الورقات في علم الأصول الفقه، للمحلي – ٦١؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ١٣٥.

عليها وطء الزوج للأجنبية عند اشتباه زوجته بها مع عسر التمييز بينهما، مثل مفسدة الوقوع في الزنى بالأجنبية، ومفسدة وجود ولد من الزنى، فكان لا بد من تجنب مثل هذه المفاسد عن طريق ترك وطء الزوجة والأجنبية معًا.

ثالثًا: التطبيق في فسخ النكاح

نصت المادة رقم (٤٧) من قانون الأحوال الشخصيّة اليمني على طلب الفسخ بالعيوب والأمراض بقولها: "لكلّ من الزوجين طلب الفسخ إذا وجد بزوجه عيبًا منفرًا، سواء كان العيب قائمًا قبل العقد أو طرأ بعده، ويعتبر عيبًا في الزوجين معًا: الجنون، والجذام، والبرص، ويعتبر عيبًا في الزوجة: القرن، والرّتق، والعفل، ويعتبر عيبًا في الزوج: الخصي، والجب، والسّل، ويسقط الحق في طلب الفسخ بالرضا بالعيب صراحة أو ضمنًا، إلاّ في الجنون، والجذام والبرص، وغيرها من الأمراض المعدية المستعصي علاجها، فإنه يتجدد الخيار فيها وإن سبق الرضا، ويثبت العيب إماّ بالإقرار ممن هو موجود به، أو بتقرير من طبيب مختص"[١].

وبتطبيق ما جاء في هذا النصّ من الرجوع إلى تقرير أهل الاختصاص – وهم الأطباء – في تقرير العيوب على قاعدة: **"ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"**، يمكن القول: إن الواجب إثبات العيوب قبل الحكم بالفسخ[٢]، وهذا الواجب يعرفه أهل

---

(١) هذه المادة معدلة بموجب القانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠٠٣م، وكان نصها قبل التعديل في القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيّة: "لكل من الزوجين طلب الفسخ إذا وجد بزوجه عيبًا منفرًا (هكذا) سواء كان العيب قائمًا قبل العقد أو طرأ بعده، ويعتبر عيبًا في الزوجين معًا: الجنون والجذام، والبرص، ويعتبر عيبًا في الزوجة: القرن، والرتق، والعفل، ويسقط الحق في طلب الفسخ بالرضا بالعيب صراحة، أو ضمنًا، إلا في الجنون، والجذام، والبرص، وغيرها من الأمراض المعدية المستعصي علاجها، فإنه يتجدد الخيار فيها وإن سبق الرضا، ويثبت العيب إما بالإقرار ممن هو موجود به أو بتقرير من طبيب مختص".

(٢) الفسخ بصفة عامة: هو "قلب كل واحد من العوضين إلى صاحبه" انظر: [المنثور في القواعد، للزركشي٢/١٦٩] وفسخ النكاح هو التفريق بين الزوجين لقيام سببه، والفسخ ينقسم إلى قسمين؛

الخبرة وهم الأطباء[1]، فلهم خبرة في معرفة الأمراض والعيوب لكثرة مشاهدتهم لها ولأن "لهم فيها علامات يختصون بمعرفتها"[2]؛ ولذلك يجب الرجوع إليهم لإثبات العيوب، لخبرتهم وبصرهم؛ ولذلك يسمى أهل الخبرة: "أهل البصر والمعرفة"[3]

ويفهم من خلال هذا النصّ أن القانون اليمني جعل لكل من الزوجين حق طلب الفسخ إذا وجد في زوجه عيبًا منفرًا؛ لأن "عيب النكاح: ما ينفّر عن الوطء ويكسر شهوة التواق"[4]، وهذه العيوب يمكن تقسيمها إلى قسمين:ـ

القسم الأول: عيوب تناسلية؛ ومن أمثلتها في الزوج: الخصي، وهو: سلّ أو انتزاع الخصيتين[5]، والجَبّ، وهو: استئصال عضو التناسل[6]، والفرق بين الخصي والجب أن الخصي هو قطع الأنثيين مع بقاء الذكر[7]، أما الجب فهو قطع الذكر والأنثيين

- أحدهما: اختياري، كالفسخ بالإعسار بالنفقة، وهذا قد يكون إلى المرأة دون الزوج والحاكم، وقد يكون إلى الزوج وهو الطلاق بالعيب، وقد يكون للحاكم فيه مدخل كفرقة العنين. والثاني: قهري وهذا ينفسخ النكاح فيه بنفسه؛ كاختلاف دين الزوجين بالرّدّة، وهذا الفسخ لا يتوقف على تفريق الحاكم ولا على اختيار أحد الزوجين بل يثبت الفسخ بمجرد هذه الأفعال، كالرّدّة. [السابق ٢/١٥٦-١٥٨].

(١) الطرق الحكمية، لابن قيم الجوزية، ١٦٩.

(٢) السابق، ٢٩٠.

(٣) مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض (أبو الفضل عياض بن موسى) وولده محمد، جمعها: محمد ولد القاضي عياض، تقديم وتحقيق وتعليق: د. محمد بن شريفة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٩٧م، ١٠١.

(٤) المنثور في القواعد للزركشي، ٢/١٤٠.

(٥) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيّة (الزواج، والفرقة، وحقوق الأقارب)، د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، مكتبة كلية الحقوق، جامعة عين شمس رقم (٣٤٩١١)، ط ١٩٩٩م، ٢١٢.

(٦) السابق، نفس الصفحة.

(٧) حاشية الدسوقي، ٢/٢٨٣.

معًا[1]، والسّل هو: قطع الخصيتين[2].

ومن أمثلة العيوب التناسلية في الزوجة: القرن: وهو "شيء يبرز في فرج المرأة يشبه قرن الشاة يكون من لحم غالبًا"[3]، بحيث يمنع دخول الذكر[4]، وعلة اعتبار القرن عيبًا في المرأة هي عدم القدرة على جماعها[5]، والرتق: وهو تلاحم الشفرتين، بحيث يكون الفرج مسدودًا بشيء من اللحم يتعذر معه المعاشرة[6]، لأن المرأة الرتقاء لا يمكن جماعها لانسداد مسلك الذكر من فرجها[7]، والعفل: وهو داء في فرج المرأة[8]، وهو أيضا: "لحم يبرز في قبلها ولا يسلم غالبًا من رشح"[9]، وعلة اعتبار العفل عيبًا في المرأة هي النفور من جماع من بها هذا الداء.

القسم الثاني: عيوب غير تناسلية، وهي العيوب والأمراض التي يمكن أن يتعرض لها أي شخص، مثل: الجنون: وهو آفة تخل بالدماغ بحيث يبعث على أفعال خلاف مقتضى العقل[10]، والجذام: وهو داء يتآكل منه اللحم ويتساقط[11]، ويسمى:

---

(١) تقريرات المحقق سيدي الشيخ محمد عليش، بحاشية الدسوقي، ٢/٢٧٨.

(٢) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيّة (الزواج، والفرقة، وحقوق الأقارب)، د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، ٢١٢.

(٣) تقريرات المحقق سيدي الشيخ محمد عليش بحاشية الدسوقي، ٢/٢٧٨.

(٤) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيّة، د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، ٢١٢.

(٥) المحلّى، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ـ لبنان، ط٢، ١٤٢٢هـ ــ ٢٠٠١م، ١١/١٧٥.

(٦) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيّة، د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، ٢١٢.

(٧) حاشية الدسوقي، ٢/٢٨٣؛ المحلّى، لابن حزم، ١١/١٧٢.

(٨) المحلى لابن حزم، ١١/١٧٢.

(٩) تقريرات المحقق سيدي الشيخ محمد عليش، بحاشية الدسوقي، ٢/٢٧٨.

(١٠) شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون – بهامش كشف الأسرار، للنسفي –٢/٤٨٠.

(١١) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيّة، د.إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، ٢١٣.

(الأكلة)[١] أي: تآكل اللحم وتناثره، والبرص: وهو وضح من بياض فني بعض أعضاء الجسد[٢] ويظهر في الجلد على شكل بقع[٣]، وليست الأمراض أو العيوب غير التناسلية محصورة في هذه الأمراض؛ بل تشمل كل الأمراض المستعصى علاجها، والأمراض المُعْدية التي لا يمكن معها قيام الزوجية إلا بضرر بالغ، ويدخل في ذلك الأمراض الحديثة التي ظهرت في هذا العصر[٤]، أي أن العيوب غير التناسلية تشمل كل داء عضال[٥].

وعلى كل حال فإن التفريق بين الزوجين بسبب العيوب له حكمة متوخاة، وهي عدم وجود السكينة والألفة بينهما مع وجود العيوب، لأن الحياة الزوجية تقوم على الألفة والمودة والسّكينة، وهذا لا يتأتى مع وجود هذه العيوب التي تحول دون المعاشرة وتخل بالمعنى المقصود من مشروعية النكاح وهو إعفاف النفس وتكوين الأسر المتآلفة، كما أن الأمراض التناسلية وغيرها – كالجنون – من شأنها أن تبعث على نفور أحد الزوجين من صاحبه، وتثير في الطرف الآخر الخوف على النفس والولد؛ ولذلك كله وجدت الفرقة بين الزوجين للعيوب.

وجوب الإحالة على الكشف الطبي لإثبات العيوب وتقديرها

من خلال النصّ القانوني السابق يتضح أن إثبات العيوب في الزوجين لا يتم إلاّ بواجب الإحالة على الكشف الطبي لمعرفة العيب المستحكم والعيب الطارئ ويتضح ذلك من خلال ما يلي:ـ

(١) المحلّى، لابن حزم، ١١/١٧٣.
(٢) السابق، ١١/١٧٢.
(٣) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيّة، د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، ٢١٣.
(٤) السابق، ٢١٨.
(٥) المحلى، لابن حزم، ١١/١٧٣.

١ – **وجوب الإحالة على الكشف الطبي لإثبات العيب المستحكم:** يمكن تعريف العيب المستحكم بأنه العيب الذي يقرر الأطباء أنه غير قابل للشفاء، وذلك كالعُنة، وهي عدم القدرة على وطء الزوجة، وهي أيضًا: "صغر الذكر بحيث لا يتأتى به الجماع"[١] ويقال لمن به هذا العيب عنينًا: أي أنه لا يقدر على الوطء[٢]، ولذلك يتعذر على الزوج القدرة على المعاشرة والمباشرة الجنسية[٣].

فالعنة – التي أهملها النَّصّ القانوني آنف الذكر – من العيوب التي يختص بها الرجل، والكشف الطبي هو الذي يثبت أنّ العنة لا يرجى منها الشفاء أو يرجى منها الشفاء، أي أن قابلية العنة للشفاء وعدم قابليتها يختص بمعرفتها الأطباء ولا تثبت إلا بالكشف الطبي[٤]، ويُلْحق بذلك شلل العضو الذكري، فإنه عيب مستحكم؛ لأن الشلل يعني فساد العضو وسقوط قوته[٥].

٢ – **وجوب الإحالة على الكشف الطبي لإثبات العيب الطارئ:** من العيوب التي تطرأ على الشخص: الجنون، والجذام، والبرص، وغير ذلك من الأمراض، فمثل هذه العيوب قد تثبت بعد الزواج، وللأطباء خبرة في تقديرها؛ ولذلك لا بد من الرجوع إليهم.

ملاحظة الباحث على النَّصّ القانوني:

إن النَّصّ القانوني سالف الذكر قد جعل لكل من الزوجين طلب الفسخ بوجود عيب في زوجه، وهذا ما جاء صريحًا في المادة المذكورة آنفًا بقولها: "لكل من الزوجين طلب الفسخ إذا وجد بزوجه عيبًا منفرًا..."، وكان الأولى اقتصار النَّصّ

---

(١) تقريرات الشيخ محمد عليش، بحاشية الدسوقي، ٢٧٨/٢.

(٢) المحلى، لابن حزم، ١٢٩/١١.

(٣) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيّة، د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، ٢١٢.

(٤) السابق، ٢٢٢، ٢٢٤.

(٥) تحرير التنبيه، للنووي، ٢٩٧.

على حق الزوجة في طلب فسخ النكاح من زوجها لعيب أو مـرض مـستحكم؛ لأن الزوج إذا وجد بزوجته أي عيب وتضرر من ذلك فإن له طلاقها، ومن خـلال مـا سبق يتبين أنه يجب الرجوع إلى الأطباء لمعرفـة عيـوب الـزوجين والأمـراض المستعصى علاجها والأمراض المعدية، حتى يكون بناء الفسخ على عيب مستحكم لا على مجرد عيب عارض قد يكون سريع الزوال.

رابعًا: التطبيق في النفقات

١ – وجوب التوسل بالكسب الحلال للقيام بالنفقات

من النصوص القانونية التي تدل على وجوب قيام الزوج بالإنفـاق علـى زوجته ما نصَّت عليه المادة رقم (٤١) من قانون الأحوال الشخصيَّة رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢ من أنه يجب على الزوج لزوجته "نفقة وكسوة مثلها من مثله"، فهـذا الـنصّ ليس الغرض منه توضيح أساليب الإنفاق ومقاديره، فذلك مرده العرف الذي سـيأتي دراسته لاحقًا، ولكن الغرض من هذا النصّ هو الاستشهاد بأن النفقة والكسوة واجبان على الزوج لزوجته.

وبتطبيق هذا النصّ القانوني على قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ بـه فهـو واجب**"، يمكن القول: إن الإنفاق يتوقف على تحصيل المال بالكـسب المـشروع؛ إذ الإنفاق يتطلب مالاً، ومن وسائل كسب المـال: التجـارة، والعمـل، والمعـاملات، والتصرفات المشروعة، كما أن الإنفاق يُحتاج إليه للقيام ببعض الواجبـات؛ كـستر العورة في العبادات كالصلاة، وكل ذلك إنما يحصل عـادة بالاكتـساب[1]؛ ونظـرًا لأهمية الاكتساب والعمل في النفقات وفي قضاء ما على الإنسان من واجبات كقضاء الديون قال الفراء: "المفلس إذا كانت له حرفة لزمه أن يكتسب ويقضي دينـه؛ لأنـه يتوصل بذلك إلى أداء الواجب"[2]، وقال ابن تيمية: "يجب على المعسر الـسعي فـي وفاء دينه وإن كان في الحال لا يطلب منه إلاّ ما يقدر عليه... فإن ما لا يتم الواجب

---

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود، ٣/٤، ١٧٠، ١٧٢؛ السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ١٤٧.

(٢) العدة في أصول الفقه، ٤/٤٢١.

إلا به فهو واجب"[1].

٢ – **وجوب الإنفاق على المرأة الحامل لوجوب المحافظة على الحمل**

نصت المادة رقم (١٥١) من قانون الأحوال الشخصيَّة – السالف ذكر رقمه وتاريخه – على أنه: "تجب على الزوج نفقة زوجته المطلقة منه رجعيًا والحامل مطلقًا إلى أن تنهي العدة"[2].

وبتطبيق هذا النصّ على قاعدة "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**"، يمكن القول: إن المحافظة على الحمل في بطن أمه واجب، وهذا الواجب لا يتم إلاّ بالإنفاق على المرأة الحامل ومداواتها؛ لأن الغذاء لا يصل إلى الحمل إلاّ بواسطة أمه فكان الإنفاق على أمه واجبًا[3]، كما أن من الواجب الإنفاق على الزوجة المطلقة رجعيًّا لوجوب المحافظة على الزوجة من الأمراض والموت جوعًا؛ لأن الزوجة لَمّا صارت محبوسة عند الزوج في حقه صارت عاجزة عن الاكتساب والإنفاق على نفسها، فلو لم تستحق النفقة عليها لماتت جوعًا[4]، فالإنفاق وسيلة لتحقيق المقصود من النكاح من العشرة الحسنة وإقامة أسرة قوامها الصلاح.

خامسًا: التطبيق في الرضاعة

نصت المادة رقم (١٣٦) من قانون الأحوال الشخصيَّة – السالف ذكر رقمه وتاريخه – على وجوب إرضاع الأم لولدها عند تعذر إرضاعه من أخرى،

---

(١) السياسة الشرعيّة، ١٩.

(٢) وعدة الحامل منصوص عليها في المادة رقم (٨١) من قانون الأحوال الشخصيّة – المذكور رقمه وتاريخه أعلاه – بقولها: "تنقضي عدة الحمل في جميع الأحوال بوضع جميع حملها متخلفًا (هكذا اللفظ وهو مشكل)..."، وتصحيح المادة يقتضي إبدال كلمة (عدة الحمل) بكلمة (عدة الحامل) لأن سياق الكلام يقتضي هذا التصحيح.

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي، ٢٠٣/١.

(٤) الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود، ٣/٤.

بقولها: "يجب على الأم إرضاع ولدها إذا تعذر إرضاعه من أخرى...".

وبتطبيق هذا النصّ على قاعدة "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**"، يمكن القول: إنّ وجوب إرضاع الأم لولدها إذا تعذر إرضاعه من أخرى يعتبر سببًا لواجب آخر، هو المحافظة على الرضيع من الموت جوعًا أو من إصابته بالأمراض إذا تعذرّ إرضاعه من غير أمه، فكان إرضاع أمه له واجبًا لوجوب المحافظة عليه من الموت والأمراض.

ويفهم من خلال هذا أن المحافظة على الرضيع واجب، وفي سبيل هذا الواجب فإنّ للقاضي أن يجبر الأم على إرضاع مولودها إذا صارت بحيث لا يقوم مكانها امرأة أخرى في إرضاع الصغير، أي أنه يتعين على الأم إرضاع صغيرها في حال تعذر إرضاعه من امرأة أخرى، إذ يصبح القيام بذلك فرض عين عليها تأثم بتركه، ولكن إذا تعذر إرضاع الرضيع من امرأة أخرى غير أمه، فإنه يتعين على أمه القيام بذلك، صيانة للصغير عن الهلاك، فإن امتنعت وكان بها عجزٌ عن القيام بذلك، اعتبر هذا عذرًا.

ومع أن النّصّ القانوني سالف الذكر قد جاء عامًّا في وجوب إرضاع الأم لولدها، وهذا العموم هو تعذر إرضاعه من غيرها، إلا أنه يندرج تحت هذا التعذر الذي يجب بسببه قيام الأم بإرضاع طفلها: عدم وجود امرأة أخرى سواها تقوم بإرضاعه سواء بأجر أو بدون أجر. وأن لا يقبل الرّضيع ثديًا غير ثدي أمه، وأن لا يكون للأب ولا للرضيع مال لاستئجار مرضعة له، ولا يوجد له من تتبرع بإرضاعه، لأن في امتناع الأم من إرضاع طفلها في مثل هذه الحالات تمكينًا للجوع والعطش من الرضيع، مع ما قد يترتب على ذلك من موته أو مرضه.

ويمكن الرجوع إلى رأي الأطباء لتقرير إمكانية إرضاع الولد من غير أمه، وأثر ذلك على الإضرار به من عدمه، وبناء على ذلك يمكن القول: إن القانون اليمني حينما نص صراحة على أنه يجب على الأم إرضاع ولدها إذا تعذر إرضاعه من أخرى، فإنه قد أعطى القاضي سلطة الحكم على الأم بوجوب إرضاع ولدها، بمعنى أن الأم إذا امتنعت عن إرضاع ولدها فإن القاضي لا يجبرها على إرضاعه

إلا إذا تعينت للإرضاع، أي أصبحت بحيث لا يقوم مكانها امرأة أخرى في إرضاع الصغير؛ كأن لا يقبل ثديًا غير ثدي أمه(١).

وفي مقابل ذلك فإن للقاضي سلطة منع الأم من إرضاع صغيرها إذا كان في إرضاعها له ضررٌ عليه، وذلك بعد أخذ رأي الأطباء والرجوع إليهم؛ كأن يقول الأطباء بأن في إرضاع المرأة لولدها ضررًا عليه، كما أنه يرجع إليهم في تقرير وجود ضرر على المرأة عند إرضاعها لولدها(٢)، وأساس سلطة القاضي في تحميل الأم مسئولية إرضاع صغيرها إن لم يوجد مرضع سواها هو دفع الضرر عن الصغير المحتاج إلى إرضاع أمه من أجل الحفاظ على حياته ووقايته من المخاطر، كما أن دفع الضرر عن الصغير هو أساس سلطة القاضي في منع أمه له من إرضاعه إذا قرر الأطباء أن في إرضاعها له ضررًا عليه.

كما نصَّت المادة رقم (١٣٧) من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٢ بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م، بشأن الأحوال الشخصيَّة – على حق الأم المرضعة في النفقة والكسوة بقولها: "تستحق الأم المرضعة رزقها وكسوة مثلها من مثله (أي أب الرضيع) بالمعروف لمدة لا تزيد على عامين من وقت الولادة...".

وبتطبيق هذا النصِّ على قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**"، يمكن القول: إن عجز الرضيع وضعفه والمحافظة عليه أسباب لوجوب الإنفاق عليه، والإنفاق عليه لا يتم إلاّ بالإنفاق على أمه؛ لأن الغذاء يصل إليه عن طريق إرضاع أمه له، وهذا ما يشير إليه قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ (٣)، فهذه

---

(١) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيَّة (الزواج، والفرقة، وحقوق الأقارب) د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، ٣٢٨- ٣٢٩.

(٢) سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٣/١٠٣٥.

(٣) من الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.

الآية وإن كانت من الآيات التي تعتبر أصل[1] في وجوب الإنفاق على الزوجات، كقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾[2]، وقوله: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾[3]، إلاّ أن قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[4] أصل في وجوب إنفاق الأب على أولاده الصغار[5]، فهذه الآية يقول فيها ابن العربي: إنها "دليل على وجوب نفقة الولد على الوالد؛ لعجزه وضعفه، فجعل الله تبارك وتعالى ذلك على أبيه لقرابته منه وشفقته له، وسمَّى الله تعالى الأم لأن الغذاء يصل إليه بواسطتها في الرضاعة، كما قال تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾[6]؛ لأن الغذاء لا يصل إلى الحمل إلاّ بوساطتهن... وهذا باب من أصول الفقه، وهو أن ما لا يتم الواجب إلاّ به واجب مثله"[7].

سادسًا: التطبيق في الوصايا

نصت المادة رقم (٢٧٥) من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقانون المذكور آنفًا – على أنه: "إذا تعدد الأوصياء، فليس لأحدهم الانفراد في غير تجهيز الميت، وشراء حاجة الطفل، ورد الوديعة، وبيع ما يخاف عليه من التلف، وجمع الأموال الضائعة، إلا بنص من الموصي".

وبتطبيق هذا النصّ على قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**"، يمكن القول: إن تجهيز الميت، بتغسيله، وتكفينه، وحفر القبر، ودفنه، كلها أمور لا

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ٤/٧.
(٢) من الآية ٦ من سورة الطلاق.
(٣) من الآية ٧ من سورة الطلاق.
(٤) من الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.
(٥) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ٤/١٠.
(٦) من الآية ٦ من سورة الطلاق.
(٧) أحكام القرآن، ١/٢٠٣.

تحتمل الانتظار؛ لما في ذلك من الإهانة للميت، ولذلك فإنه يجب عدم الانتظار لاتفاق الأوصياء على هذا الأمر - إن كان ثم أكثر من وصي - فإذا انفرد أحد الوصيين - أو أحد الأوصياء - بالقيام بتجهيز الميت فله ذلك، كما أن شراء حاجة الطفل من الأمور الواجبة للمحافظة على حياته ودفع الأمراض عنه؛ لأنه لا يقوم بنيان الطفل إلا بالإنفاق عليه، لذلك يجب عدم الانتظار لاتفاق الأوصياء على هذا الأمر فإذا قام أحد الوصيين - أو أحد الأوصياء - بذلك بمفرده كان له ذلك، كما أنه إذا مات الموصي وعنده وديعة فإنه يجب ردها ولا يجب الانتظار على اتفاق الوصيين -أو الأوصياء- على ذلك، فإذا بادر أحدهما -أو أحدهم- كان له ذلك؛ خوفًا على الوديعة من الضياع والهلاك، كما أن بيع ما يخاف عليه التلف كالخضروات وبعض المأكولات سريعة الفساد يكون واجبًا وإن لم يوص الموصي بذلك؛ حفاظًا عليها من التلف، فيتوجب على الوصي القيام بذلك، كما أن جمع أموال الموصي الضائعة واجب على الأوصياء، ولا يجب الانتظار على اتفاق الوصيين - أو الأوصياء - على جمع تلك الأموال، بحيث إذا بادر أحدهما -أو أحدهم- بذلك كان له ذلك؛ حفاظًا عليها من الضياع، وما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب.

ومما يندرج في المحافظة على أموال الموصي: أن الموصي إذا أوصى بأشياء هي بحاجة للمحافظة عليها - كما إذا أوصى بأغنام أو خيول أو جمال - ولم يوص بالإنفاق عليها فإن الإنفاق عليها يكون واجبا، وعلى الوصي القيام بما تحتاج إليه من علف، وماء، وعشب، وحراسة، فهذه الأشياء تكون واجبة لوجوب المحافظة عليها، وما لا يتم الواجب إلاّ به يكون واجبًا، وهكذا فإن المحافظة على الأموال الموصى بها تشمل كل أنواع الحفظ؛ لما في ذلك من دفع مفسدة ضياع الأموال الموصى بها، ولذلك قال ابن تيمية: "إن الواجب تحصيل المصالح وتكميلها، وتبطيل المفاسد وتقليلها"[1]، كما أن الواجب "تحصيل أعظم المصلحتين بتفويت أدناهما، ودفع

(١) السياسة الشرعيّة، ٥٠.

أعظم المفسدتين مع احتمال أدناهما هو المشروع"[1]، ثم ذكر مثالاً لــذلك: وهــو أن ولي اليتيم (أو ولي الوقف) إذا طلب ظالم منه مالاً فاجتهد في دفع ذلك بمال أقل منه إليه – أو إلى غيره – بعد الاجتهاد التام في الدفع فهو محسن وما على المحسنين من سبيل[2].

(١) السياسة الشرعيّة ، ٥٠.

(٢) السابق، ٥١.

المبحث الرابع

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة حكم وسيلة الواجب في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني

من خلال ما سبق عرضه لقاعدة حكم وسيلة الواجب وتطبيقاتها في الأحوال الشخصيَّة نستنتج بعض أوجه الإفادة في قانون الأحوال الشخصيَّة ومنها ما يلي: –

أولاً: أن هذه القاعدة تفيد في إيقاف القضاء الإضرار بالنفس وبالغير قبل وقوعه

ومثال ذلك: أن للقضاء في مجال الأحوال الشخصيَّة سلطة في إيقاف الإضرار بالنفس وبالغير قبل وقوعه، فللقاضي في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني سلطة عدم الإذن بزواج المجنون أو المعتوه، وذلك لمنع الإضرار – قبل وقوعه – بأحدهما، أو بمن يتزوج بها، فقد نصَّت المادة رقم (١١) من قانون الأحوال الشخصيَّة رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م، على ما يلي: "(١) لا يُعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من وليه بعد صدور إذن من القاضي بذلك.(٢) لا يأذن القاضي بزواج المجنون أو المعتوه إلا بتوافر الشروط التالية:(أ) قبول الطرف الآخر التزوج من (هكذا والصواب منه) بعد اطّلاعه على حالته. (ب) كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله. (جـ) كون زواجه فيه مصلحة له ولا ضرر لغيره. (٣) يتم التثبت من الشرطين الأخيرين المذكورين في الفقرة السابقة من هذه المادة بتقرير من ذوي الاختصاص"، فهذا النصّ يفهم منه أن للقاضي إيقاف الإضرار بالمجنون والمعتوه وبغيرهما عن طريق منع الزواج في حالة إصابة أحد الزوجين بالجنون أو العته، ولهذا الإيقاف صور في النصّ القانوني المذكور، منها:ـ

١ – رفع الضرر عن الطرف الآخر غير المصاب بالجنون أو العته قبل قبوله بوقوع ذلك الزواج؛ لما في المقام والعشرة مع المجنون أو المعتوه من ضرر على الطرف غير المصاب بالجنون أو العته.

٢ – رفع الضرر قبل وقوعه عن النسل؛ لأن الحياة الزوجية مع إصابة أحد الزوجين بالجنون أو العته يشوبها التنافر والإضرار بالأسرة بشكل عام، وهذا ينسحب بدوره إلى النسل.

٣ – رفع الضرر عن المجنون أو المعتوه بالمحافظة على أموال كل منهما قبل أن يتكلفا الإنفاق على مؤن الزواج، وقبل أن يتكلف الزوج نفقة الزوجة؛ فعدم إذن القاضي بذلك الزواج في هذه الحالة فيه حفاظ على أموال المجنون والمعتوه قبل ضياعها فيما لا فائدة مرجوة لهما فيه.

ثانيًا: أن هذه القاعدة تفيد في تثبت القاضي من الأمور قبل اتخاذ القرارات

ومثال ذلك: التثبت من أن زواج المجنون أو المعتوه لا يضر بالنسل، والتثبت من توافر المصلحة لهما، فانتقال الأمراض من شخص إلى آخر من الأمور الواقعة في الحياة؛ ولذلك فإن على القاضي أن يتثبت من عدم انتقال بعض الأمراض من أحد الزوجين إلى نسلهما عن طريق الاستعانة بالخبراء، فهم الذين يقررون احتمال ذلك من عدمه، ومثال ذلك أيضًا: التثبت من وقوع المدعى به، كما إذا ادعت الزوجة طلب فسخ عقد نكاحها من زوجها لمرض أو عيب من العيوب، فالفسخ يستلزم التثبت والتحري من وجود هذه العيوب ومدى علاجها والشفاء منها من عدمه عن طريق أهل الخبرة وهم الأطباء، فيسترشد القاضي بما يقرزونه؛ ليصدر قراره عن دراية وبحث وتأمل.

ثالثًا: أن هذه القاعدة تفيد في اتباع القضاء كل السبل لاستخراج حقوق الغير من الممتنع عن أدائها

لمّا كان الغرض من نصب القضاة هو رفع التظالم والتجاحد، وذلك بإجبار القضاء لكل ظالم برد الحقوق إلى أصحابها، فإن للقاضي اتخاذ كافة السبل الموصلة إلى ذلك، والتي منها: الحكم على الزوج المتمرد عن الإنفاق على زوجته بإجباره بالإنفاق، وهذا ما نصّت عليه المادة رقم (١٥٤) من قانون الأحوال الشخصيّة – السالف ذكر رقمه وتاريخه – بقولها: "إذا تمرد الزوج عن الإنفاق على زوجته، أو

غاب، وثبت أنه لا ينفق عليها، قرر لها القاضي نفقة من مال زوجها...".

واتباع كل السبل الموصلة لاستخراج الحقوق من القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية، وهذا ما أشار إليه ابن تيمية بقوله: "**الأصل في ذلك: أن كل من عليه مال يجب أداؤه؛ كرجل عنده وديعة، أو مضاربة، أو شركة، أو مال لموكله، أو مال يتيم، أو مال وقف، أو مال لبيت المال، أو عنده دين هو قادر على أدائه، فإنه إذا امتنع من أداء الحق الواجب من عين أو دين وعُرف أنه قادر على أدائه فإنه يستحق العقوبة حتى يُظْهر المال أو يدل على موضعه، فإذا عُرف المال وصُيِّر في الحبس فإنه يستوفي الحق من المال... وكذلك لو امتنع من أداء النفقة الواجبة عليه مع القدرة عليها**"[1].

رابعًا: أنّ هذه القاعدة تفيد في حفاظ القضاء على أموال المسلمين

من الأموال التي ليس لها مالك معين: أن يموت أحد المسلمين وليس له وارث معين، أو توجد بعض الودائع يتعذر معرفة أصحابها، فمثل هذه الأموال تعتبر من أموال المسلمين[2]؛ وللقاضي سلطة في الحفاظ على هذه الأموال عن طريق القضاء بأنها من أموال المسلمين؛ فالقاضي ولي من لا ولي له، وهذا ما نصَّت عليه المادة رقم (١٧) من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة – بقولها: "القاضي ولي من لا ولي له..."، ويؤيد هذا القاعدة الفقهية القائلة: بأن "**تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة**"[3]، بمعنى: أن العبرة في تصرفات الإمام هو موافقة تلك التصرفات

---

(١) السياسة الشرعية، ٤٣ – ٤٤.

(٢) السابق، ٤١.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجم، ١٣٧، المنثور في القواعد، للزركشي، ١/١٨٣؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي ١/٢٦٩، وانظر في معنى القاعدة:[مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم (٥٨) حيث وردت بعبارة: "التصرف على الرعية منوط بالمصلحة"].

للمصلحة التي يجب على ولّي الأمر مراعاتها، ويدخل في هـذه القاعـدة: القـضاة، وغيرهم ممن يقومون مقام الإمام في إدارة شئون الرعية، فالقاعدة تشمل كـل وال، فكل وال مطالب بالتصرف لمصلحة الرعية الذين هم تحت ولايته[1].

خامسًا: أن هذه القاعدة تفيد في تقييد القـضاء لتـصرفات الأوليـاء والأوصـياء بالأصلح للمولى عليهم والموصى عليهم

من المعلوم أن الإنسان لا يخلو من حقوق له أو عليه، ومن المعلوم أيـضًا أن الإنسان إذا عجز بنفسه عن القيام ببعض التصرفات كان له أن يـستنيب غيـره، فالوصي مثلاً يعتبر نائبًا عن الموصي؛ لأن الوصية هي: "طلب فعل يفعله الموصـى إليه بعد غيبة الموصي أو بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه؛ كقضاء ديونه، والقيـام بحوائجه، ومصالح ورثته من بعده، وتنفيذ وصاياه، وغير ذلك"[2]، فللقاضي سـلطة في تقييد تصرفات الوصي في مال اليتيم بتقييدها بالتصرفات الجالبة مصلحة لليتـيم، ومَثّل ذلك: الولي – كالأب على أبنائه الصغار – فلا يُجَوِّز القاضي للوصيّ أو الولي التصرف للموصى عليه أو المولى عليه إلا على الوجه الأصلح له في ماله[3]، فـلا يُجَوِّز بيعه وشراءه بما لا يتغابن في مثله، إذ لا مصلحة للصغار والموصى علـيهم في ذلك بخلاف الغبن اليسير[4]، فإنه لا يمكن الاحتراز عنه، ومن التصرفات التـي تجلب مصلحة لهم: قيام الموصي بشراء حاجة الصغار، وبيع ما يخشى عليه التلف.

ولما كانت الولاية تعني: "تنفيذ القول على الغير شاء أو أبى"[5]، فإن للولي

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ١٣٨؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١٨٣/١.

(٢) الاختيار، لابن مودود، ٦٢/٥.

(٣) السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ١٤٠.

(٤) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ٦٨/٥.

(٥) الدر المختار في شرح تنوير الأبصار، لمحمد بن علاء الدين الحصكفي (بهامش رد المحتار على الدر المختار (حاشية ابن عابدين) طبع ونشر وتوزيع: دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط٢، ١٤٠٧هـ – ١٩٨٧م، ٢٩٦/٢.

سلطة التنفيذ على المولى عليه برضاه أو جبرًا عنه، ولكن هذه السلطة مقيدة بالتصرف لمصلحة المولى عليه[1]، ولذلك فإن للقضاء تقييد تصرفات الأولياء والأوصياء بالأصلح للمولى عليهم والموصى عليهم؛ لأن هذا هو أساس الولاية.

سادسًا: أن هذه القاعدة تفيد في تقرير القضاء الإبقاء على سلطة الأوصياء، أو زيادتهم، أو عزلهم

إذا كان الوصي نائبًا عن الموصي في حال غيبته أو بعد موته فإن تلك النيابة مقيدة بالتصرف لمصالح الوصي ومصالح ورثته من بعده، وبناء على ذلك فإن للقاضي – بالنسبة للأوصياء – سلطات ثلاث هي: –

١ – تقرير الإبقاء على الأوصياء وعدم عزلهم: وهذا في حق الأمناء القادرين على القيام بأمانة الوصية، لما في أمانتهم من الحفاظ على مصالح الوصي ومصالح ورثته من بعده[2].

٢ – زيادة الأوصياء: وهذا في حق الأمناء العاجزين، فللقاضي أن يضم إلى الوصي الأمين العاجز من يعينه؛ لأن في انفراد العاجز نوعًا من الإخلال ببعض المصالح فيضم إليه آخر تكميلاً للمقصود[3].

٣ – عزل الأوصياء وإقامة غيرهم مقامهم: وهذا في حق الفسّاق، فللقاضي عزل

---

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت٥٨٧هـ) دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط٢، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م، ٢/٢٤١ – ٢٤٢؛ مواهب الجليل؛ لأبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب (ت٩٥٤هـ) ٣/٤٢٧، وبهامشه: التاج والإكليل لمختصر خليل: لأبي عبد الله، محمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق (ت٨٩٧هـ) ملتزم الطبع والنشر: مكتبة النجاح، سوق الترك، طرابلس – ليبيا.

(٢) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ٥/٦٦.

(٣) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ٥/٦٧.

الوصي الفاسق وإقامة غيره مقامه؛ لأن نيابته لا تصح، ولأن الميت إنما أسند إليه الوصاية معتمدًا على رأيه وأمانته وكفايته في تصرفاته، والفاسق ليس كذلك، فيخرجه القاضي ويقيم من يقوم بمصالح الميت؛ لأن القاضي نصب لمصالح المسلمين، ولأن الميت لو لم يوص أحدًا فللقاضي أن يقيم وصيًا، كما أن له عزل الفاسق ونصب غيره[1].

والقاضي في قانون الأحوال الشخصيّة اليمني يستمد سلطته بتقرير الإبقاء على الأوصياء، أو زيادتهم، أو عزلهم، أو استبدال غيرهم بهم – من المواد: رقم (٢٦٨) ورقم (٢٧١) ورقم (٢٧٢) من القانون رقم (٢٠) بشأن الأحوال الشخصيّة، فالمادة رقم (٢٦٨) تقرر شروط الوصي بقولها: "يشترط في الوصي: أن يكون بالغًا، عاقلاً، أمينًا، مقتدرًا على حملها، حسن التصرف والسلوك"، فهي تقرر صلاحية الوصي إذا كان أمينًا مقتدرًا على العمل لمصالح الموصي أو ورثته بعد وفاته.

وتقرر المادة رقم (٢٧١) حق القاضي في عزل الوصي الخائن وتعيين غيره مكانه بقولها: "إذا رأى القاضي من الوصي ما يهدد مصلحة القاصر أو رأى عند محاسبته له خيانة كان عليه عزله وتعيين منصوب (وصي) غيره"، فهذه المادة قد نصّت على وجوب عزل القاضي للوصي الخائن وتعيين وصيٍّ أمينٍ قادرٍ على حمل الوصاية مكانه، ويدخل في هذا النصّ ضمنًا: عزل القاضي للوصي غير القادر على القيام بمصالح الموصي أو ورثته من بعده وإن كان هذا الوصي أمينًا، لأن الأمانة وحدها لا تكفي، وهذا ما عنته المادة المذكورة بقولها: "إذا رأى القاضي من الوصي ما يهدد مصلحة القاصر... كان عليه عزله..."، والقاضي حينما يستمد سلطته من القانون في تقرير الإبقاء على الأوصياء أو زيادتهم، أو عزلهم وإقامة غيرهم مقامهم، إنما يستمدها من واجب المحافظة على مصالح الموصين في حال غيبتهم، أو مصالح ورثتهم بعد موتهم، وهذا الواجب لا يتحقق – في الواقع – إلا بوجود وصي، إما بتقريره إن كان

---

(١) المختار والاختيار، لابن مودود، ٥/٦٦، ٦٧.

أمينًا قادرًا، وإما بزيادة عدد الأوصياء عند عجز الوصي الواحد، وإما بعزل الفاسق وتولية من هو أصلح منه.

سابعًا: أن هذه القاعدة تفيد في تسهيل حصول القاضي على المعلومات المطلوبة في الوقائع المنظورة أمامه

إن التطورات في العصر الحديث في شتى المجالات ومنها الإعلام يعتبر وسيلة من الوسائل التي يستخدمها القاضي للحصول على المعلومات التي يتطلبها في القضايا المنظورة أمامه، ولا مانع من الإفادة من تلك الوسائل ما دامت تحقق مصلحة للقضاء، ومن أمثلة ذلك: أن المادة رقم (١٧) من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م، بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م، بشأن الأحوال الشخصيَّة – أوجبت على القاضي البحث عن حال المرأة إذا طلبت منه عقد زواجها وادعت أن لا ولي لها بقولها: "القاضي ولي من لا ولي له، وإذا ادعت امرأة مجهولة النسب بأن لا ولي لها مع عدم المنازع صدقت بعد بحث القاضي والتأكيد بيمينها"، فهذه المادة أوجبت على القاضي البحث عن حال المرأة قبل قيامه بعقد نكاحها، إلا أن نص المادة لم يذكر الوسائل التي يتوسل بها القاضي للبحث عن حال المرأة، ولكن يبدو لي أن للقاضي البحث عن حال المرأة بسؤال أهل المعرفة بالبلدة، فإن تعذر عليه ذلك وأمكن الإعلان عن المرأة بأنها تدعي أن لا ولي لها وأن من له عليها ولاية أن يحضر إلى المحكمة بسرعة في مدة معينة فإن له ذلك، فإذا حقق هذا الإعلان نتائجه بسرعة فإن للقاضي العمل بنتائج هذا الإعلان؛ كما أن للقاضي أن يتولى عقد نكاحها ويقوم قبل ذلك بإلزام الصحف المشهورة، والإذاعة، والتلفزيون، بالإعلان عن أنه تقدمت إلى المحكمة فلانة بنت فلان، تدعي أنه لا ولي لها، وأنها خالية من زوج، وليست حاملاً، ولا مطلَّقة طلاقًا رجعيًّا، وتطلب من المحكمة عقد نكاحها لهذه الأسباب، فعلى من يعلم شيئًا من ذلك التقدم إلى المحكمة الفلانيَّة وتقديم اعتراضه إن كان له اعتراض.

ومن أمثلة الإفادة من وسائل الإعلام أيضًا: الإعلان عن الغائب الذي تطلب زوجته فسخ نكاحها منه للغيبة، فإن الفسخ للغيبة يتطلب أولاً إثبات الغيبة، وإثبات الغيبة يتحقق حكمًا بعد الإعلان عن أن الزوجة الفلانيَّة تدعي أن زوجها الفلانيَّ غائبٌ عنها وأنها تطلب فسخ نكاحها، فعلى الزوج المذكور الحضور إلى المحكمة الفلانيَّة لسماع الدعوى والرد عليها في خلال مدة أقصاها كذا، ما لم فإن المحكمة ستمضي في إجراءات الدعوى.

ومن المُلاَحَظ هنا أن القانون اليمني قد ألزم القاضي بتكليف الأقرب فالأقرب للغائب بقيامه بإبلاغ الغائب بأية وسيلة عن وجود دعوى ضده، وهذا ما نصَّت عليه الفقرة الأولى من المادة رقم (٥٢) من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقانون سالف الذكر – بقولها: "لزوجة الغائب في مكان مجهول أو خارج الوطن فسخ عقد نكاحها بعد انقضاء سنة واحدة لغير المنفق، وبعد سنتين للمنفق، على أن تنصب المحكمة الأقرب فالأقرب ليتمكن من إعلان الغائب في محل معلوم في ظرف شهر بأي وسيلة"، فهذا النصّ علَّل سبب نصب المحكمة للأقرب فالأقرب للغائب بالتمكن من إعلان الغائب بأية وسيلة، وفي هذا مجال واسع للبحث عن حال الغائب بكل الوسائل المعاصرة.

ثامنًا: أنّ هذه القاعدة تفيد الفرد في توقي الشبهات والأخذ بالاحتياط

يعتبر اجتناب المشكوك فيه من الورع، وقد أرشد الشارع إلى اجتناب ما لا يتيقن المرء حلّه، بقوله ﷺ: «... **فَمَنْ اتَّقَى الْمُشَبَّهَاتِ اسْتَبْرَأَ لِدِينِهِ وَعِرْضِهِ**...»[1]، ومن أمثلة ذلك: ترك الشخص عقد نكاح الأجنبية إذا اشتبهت بمحرم من محارمه؛ كأخته، أو أمه مثلاً، فلو أن إحدى محارم الرجل اختلطت بأجنبيات محصورات العدد أو اختلطت بأجنبيات في بلدة صغيرة واشتبهت تلك المحرم بالأجنبيات بحيث يكون من العسير التمييز بينها وبينهن، فإنه يحرم على الرجل نكاح أي واحدة من

---

(١) سبق تخريج الحديث ص١٢٦.

الأجنبيات مع أن نكاح الأجنبيات ليس بحرام في حد ذاته، إلا أنه بسبب اختلاط مَحرمه بهنّ وعُسر التمييز بينها وبينهن كان تحريم الأجنبيات من ضرورات تحريم نكاح المحرم، ولهذا لو أمكن تمييز المحرم أو تعيينها جاز له نكاح الأجنبية، أما عند اشتباهها وعسر التمييز بينها وبين الأجنبيات فإنه يحرم نكاح المحرم وغيرها؛ لعلة الاختلاط والاشتباه، ولأن الواجب المتمثل في ترك نكاح المحرم لا يتم إلا بترك نكاح غيرها من الأجنبيات اللاتي اختلطت بهن واشتبهت بهن ولعسر التمييز بينها وبينهن[1]، لأن المحرَّم بالأصالة – وهي المحرَّم – يجب اجتناب نكاحها لاشتباهها بالأجنبية وما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب، ولتحقيق هذا الواجب وسيلتان: –

الوسيلة الأولى: لزوم التحري والبحث عن معرفة المحرَّم بشتى الوسائل لإزالة اشتباهها بغيرها.

الوسيلة الثانية: وتأتي بعد الوسيلة الأولى، وهي لزوم الكف عن نكاح المحرَّم وغيرها عند الاشتباه، ولكن بعد استفراغ جميع وسائل البحث وعُسر التمييز بين المحرم وبين غيرها، حتى لا يؤدي نكاح الأجنبية إلى نكاح المحرم.

ويلاحظ هنا أيضًا أن الأمر يختلف عند اختلاط إحدى محارم الرجل واشتباهها بأجنبيات غير محصورات العدد، كاختلاطها بنسوة بلدة كبيرة، فإنه – ومع لزوم الرجل البحث والتحري لمعرفة المحرم من غيرها – إلا أنه إذا عسُر عليه معرفتها وتمييزها عن غيرها فإنه يباح له نكاح من شاء من نساء تلك البلدة الكبيرة[2]؛ لأن الغالب هو عسر التمييز حتى بعد البحث والتحري، وهذا المثال الذي ذكره العلماء يوضح أن البحث والتحري أمر لا بد منه، والتحري في مثل هذه

---

(١) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ١٤٤؛ روضة الناظر، لابن قدامة، وبهامشه نزهة الخاطر العاطر، لعبد القادر بدران، ١/١١٠؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ١٣٥.

(٢) القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ١٣٥.

المسائل أصبح ميسورًا في عصرنا الحاضر نتيجة لتطور وسائل البحث التي منها الصحف، والتلفزيون، وقنواته المتعددة، وشبكة المعلومات، والتلفونات... إلخ، ولذلك فإن الاحتياط في هذه الحالة يقتضي ترك الرجل نكاح أي امرأة اشتبهت بمحرمه؛ لأن مسائل الاشتباه من المسائل التي لا يخلو منها أي مجتمع، في أي عصر؛ ذلك أن الظروف والأحوال لا تستقر على حال، وأسباب الاشتباه كثيرة: فقد تحدث مثلاً كوارث طبيعية - كالسيول، والزلازل - وقد تكون محرَم الرجل في ظرف قاهر لا مناص أمامها إلاّ الهروب من منزلها أو منزل محرمها أو الهروب من بلدته إلى بلدة أخرى لإنقاذ حياتها، فإذا لم يتخذ المرء الاحتياط بترك نكاح الأجنبية عند اشتباهها مع إحدى محارمه لترتب على ذلك نكاح المحرم.

المبحث الخامس

أمثلة تطبيقية للإفادة من قاعدة حكم وسيلة الواجب في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني

لمّا كان لقانون الإجراءات الجزائيَّة دورٌ مهمٌ في بيان الإجراءات التي تتبع بقصد ضبط الجريمة وتحقيقها والحكم على فاعلها وتنفيذ العقوبة عليه إلى جانب تحديد السلطات المختصة بالقيام بهذه الإجراءات[1]، فإن هذه الإجراءات لا تتم إلا باتباع وسائل من ابتداء لحظة وقوع الجريمة إلى الحكم القضائي الصادر فيها، حتى تنفيذ الحكم إن صدر بالإدانة، وفيما يلي بعض التطبيقات لقاعدة: **"ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"** في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني: -

أولاً: التطبيق في مبدأ حق الدفاع

نصت المادة التاسعة من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م، بشأن الإجراءات الجزائيَّة اليمني على كفالة حق الدفاع للمتهم بقولها – في الفقرة الأولى منها –: "حق الدفع (هكذا) مكفول، وللمتهم أن يتولى الدفاع بنفسه، كما له (هكذا)[2] الاستعانة بممثل للدفاع عنه في أية مرحلة من مراحل القضية الجزائيَّة بما في ذلك مرحلة التحقيق، وتوفر الدولة للمعسر والفقير مدافعًا عنه من المحامين المعتمدين..."، فهذا النصّ يوضح أن حق التقاضي يتطلب حق الدفاع، باعتباره فرعًا عن حق التقاضي، وهذا الحقّ بصفته من الحقوق المباحة نابع من طبيعة التنظيم القانوني للمجتمع وخضوع الأفراد والدولة للقانون، ونابع أيضًا من الدور الاجتماعي للقضاء في حماية الحقوق[3].

---

(١) دروس في مدخل القانون، عميد د. عوض محمد يعيش، ٤٠.

(٢) هذا من الخطأ في الصياغة، والصواب أن تكون الصياغة كما أن له الاستعانة.

(٣) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ٥٥.

العدل في النظام القضائي الإسلامي[5]، فالقضاء وسيلة لإقامة العدل الذي هو من مقاصد الإسلام، لقوله تعالى: ﴿لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [6]، وعلة كفالة حق الدفاع عن المتهم: هي حالة الاضطراب التي يعاني منها المتهم نتيجة لخطورة ما يواجهه من

---

(١) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني ، ١٣٦، ١٣٧.

(٢) السابق، ١٣٦–١٣٧.

(٣) السابق، نفس الصفحات.

(٤) السابق، ١٢٣، ١٢٤.

(٥) نحو تفعيل مقاصد الشريعة، د. جمال الدين عطية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي (سلسلة المنهجية الإسلامية رقم (١٧) عمّان – الأردن، ودار الفكر بدمشق – سوريا، ط١، ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م، ٧٤.

(٦) من الآية ٢٥ من سورة الحديد.

وبتطبيق هذا النصّ على قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهـو واجـب**"، يمكن القول: إن الواجب هو إصدار الأحكام القضائية عن تثبت ودراية، وهذا الواجب لا يتم إلاّ بفهم وقائع القضايا المرفوعة أمام القضاء؛ لأن من واجب القاضي ليتمكن من الحكم بالحق: "فهم الواقع والفقه فيه"[1]، وهذا لا يتم إلاّ بإعطاء المتهم الحق فـي عرض ما لديه من كل ما يتعلق بالتهمة المنسوبة إليه، لأن القانون إذا كان "يعتـرف للفرد بالحق في التقاضي، فلا بد أن يعترف له بالحق في أن يعرض دعواه، ويدحض ادعاء خصمه، وإلاّ تجرد هذا الحق من القيمة، وبالإضافة إلى ذلك فـإنّ اسـتعمال الخصوم حقهم في الدفاع يُقدّم معونة ثمينة للقاضي؛ إذ تتيح له التعرف على وجهات نظرهم، وما يتبع ذلك من تعرف على عناصر الدعوى وسلامة الفصل فيها"[2]، كمـا أن تحقيق حق الدفاع لا يتم إلاّ باستعمال المتهم حقّه في الدفاع بالأصالة أو بالوكالـة إن لم يتمكن من القيام بذلك بنفسه، ويعني حق الدفاع بالأصالة: حق المـتهم فـي أن يبدي في حرية كاملة وجهة نظره في شأن وقائع الدعوى وتطبيق القانون عليهـا[3]؛ لأن "الأصل أنه لا يجوز الحد من هذه الحرية إلا إذا قرر القانون ذلك صـراحة، أو

اتهام وما يحتمل أن يحكم به عليه، ممّا يجعله لا يحسن عرض دفاعه، فـلا يتـوافر للمحكمة – بناء على ذلك العلم – المطلوب بوجهة نظره، ولذلك فإنه يتعيّن أن يكون لكل متهم مدافع عنه، على أن التزام الدولة بندب محام للمتهم المعسر وغيـر القـادر على الدفاع يقتصر على حالة ما إذا لم يكن المتهم قد وكّل من يقوم بالدفاع عنه، أمـا إذا كان قد وكل فإن ذلك يكفي لتحقيق الغرض الذي يستهدفه القانون[1] وهـو كفالـة حق الدفاع؛ لأن الأصل هو حرية المتهم في اختيار من يدافع عنه[2].

ومما يُبرّر حق المتهم في الدفاع: أن مصلحة المجتمع إذا كانـت تقتـضي الكشف عن الحقيقة وضبط الأدلّة المتعلّقة بالجريمة، فإن المصلحة العامّـة لا يمكـن حمايتها إلاّ إذا كان حق المتهم في الدفاع عن نفسه بمنأى عن أي اعتداء، لأن حريـة الدفاع عنصر من عناصر العدالة ذاتها، وهذا ما يوجه ضرورة تمكين المـتهم مـن إثبات براءته إن استطاع، حتى لا يُدان لمجرد التسرع في الاتهام دون أن يكفـل لـه المجتمع دفاعًا حرًا؛ لأن المتهم في الغالب يجهل حقوقه أو يجهل كيفيـة مباشـرتها، فيكون دور المدافع تعريفه بها ومساعدته في استعمالها[3].

ثانيًا: التطبيق في إجراءات المحاكمة

المحاكمة هي: "مجموعة من الإجراءات تستهدف تمحيص أدلّـة الـدعوى جميعًا ما كان منها ضد مصلحة المتهم وما كان في مصلحته، وتهـدف بـذلك إلـى تقصيّ كل الحقيقة الواقعية والقانونية، ثم الفصل في موضوعها إما بالإدانة إذا كانت الأدلّة جازمة بذلك وإما بالبراءة إذا لم تتوافر الأدلّـة الجازمـة بالإدانـة"[4]، فهـذا التعريف يوضح أهمية المحاكمة في تحديد مصير المتهم من خلالها؛ ولـذلك تـسمى

(١) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٣٨.

(٢) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد محمد شجاع، ٥٣.

(٣) السابق، ٥٢.

(٤) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٢٢.

المبحث الخامس

أمثلة تطبيقية للإفادة من قاعدة حكم وسيلة الواجب في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني

لمّا كان لقانون الإجراءات الجزائيَّة دورٌ مهمٌّ في بيان الإجراءات التي تتبع بقصد ضبط الجريمة وتحقيقها والحكم على فاعلها وتنفيذ العقوبة عليه إلى جانب تحديد السلطات المختصة بالقيام بهذه الإجراءات[1]، فإن هذه الإجراءات لا تتم إلا باتباع وسائل من ابتداء لحظة وقوع الجريمة إلى الحكم القضائي الصادر فيها، حتى تنفيذ الحكم إن صدر بالإدانة، وفيما يلي بعض التطبيقات لقاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني: –

أولاً: التطبيق في مبدأ حق الدفاع

نصت المادة التاسعة من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م، بشأن الإجراءات الجزائيَّة اليمني على كفالة حق الدفاع للمتهم بقولها – في الفقرة الأولى منها –: "حق الدفع (هكذا) مكفول، وللمتهم أن يتولى الدفاع بنفسه، كما له (هكذا)[2] الاستعانة بممثل للدفاع عنه في أية مرحلة من مراحل القضية الجزائيَّة بما في ذلك مرحلة التحقيق، وتوفر الدولة للمعسر والفقير مدافعًا عنه من المحامين المعتمدين..."، فهذا النصّ يوضح أن حق التقاضي يتطلب حق الدفاع، باعتباره فرعًا عن حق التقاضي، وهذا الحقّ بصفته من الحقوق المباحة نابع من طبيعة التنظيم القانوني للمجتمع وخضوع الأفراد والدولة للقانون، ونابع أيضًا من الدور الاجتماعي للقضاء في حماية الحقوق[3].

---

(١) دروس في مدخل القانون، عميد د. عوض محمد يعيش، ٤٠.

(٢) هذا من الخطأ في الصياغة، والصواب أن تكون الصياغة كما أن له الاستعانة.

(٣) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ٥٥.

وبتطبيق هذا النَّصّ على قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**"، يمكن القول: إن الواجب هو إصدار الأحكام القضائية عن تثبت ودراية، وهذا الواجب لا يتم إلاّ بفهم وقائع القضايا المرفوعة أمام القضاء؛ لأن من واجب القاضي ليتمكن من الحكم بالحق: "فهم الواقع والفقه فيه"[1]، وهذا لا يتم إلاّ بإعطاء المتهم الحق في عرض ما لديه من كل ما يتعلق بالتهمة المنسوبة إليه، لأن القانون إذا كان "يعترف للفرد بالحق في التقاضي، فلا بد أن يعترف له بالحق في أن يعرض دعواه، ويدحض ادعاء خصمه، وإلاّ تجرد هذا الحق من القيمة، وبالإضافة إلى ذلك فإن استعمال الخصوم حقهم في الدفاع يُقدّم معونة ثمينة للقاضي؛ إذ تتيح له التعرف على وجهات نظرهم، وما يتبع ذلك من تعرف على عناصر الدعوى وسلامة الفصل فيها"[2]، كما أن تحقيق حق الدفاع لا يتم إلاّ باستعمال المتهم حقَّه في الدفاع بالأصالة أو بالوكالة إن لم يتمكن من القيام بذلك بنفسه، ويعني حق الدفاع بالأصالة: حق المتهم في أن يبدي في حرية كاملة وجهة نظره في شأن وقائع الدعوى وتطبيق القانون عليها[3]؛ لأن "الأصل أنه لا يجوز الحد من هذه الحرية إلا إذا قرر القانون ذلك صراحة، أو اقتضاه السير السليم للدعوى"[4]، وعِلَّة هذا الحق: هي أن المتهم صار أحد أطراف الدعوى الجنائيَّة، وله بهذه الصفة حقوق ورخص إجرائية يستمدها من القانون مباشرة، وأهم هذه الحقوق والرخص: حقه في أن يتقدم بطلبات إثبات لمصلحته، وأن يناقش الأدلَّة المقدمة ضده، وأن يطعن في الحكم الذي يصدر ضده أيضًا.

أما حق الدفاع بالوكالة فيعني: حق المتهم في أن يكون له المدافع الذي يعرض على سلطات الإجراءات الجنائيَّة وبصفة خاصة سلطات المحاكمة وجهة

---

(١) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ١/٧٠.

(٢) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ٥٥.

(٣) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٢٣؛ تطوير القانون الجنائي طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، د. محمد عبد الشافي إسماعيل، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٠م، ١٥٢.

(٤) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٣٦.

نظره في شأن وقائع الدعوى وتطبيق القانون عليها، من أجل أن تتضح أمام هذه السلطات وجهات النظر التي تحتملها الدعوى[1]، وتظهر أهمية دور المدافع في القانون الحديث في أن غاية الإجراءات الجنائيّة "ليست إدانة المتهم والحكم عليه بأشد عقوبة يسمح بها القانون، وإنما هي كفالة التطبيق الصحيح للقانون، وضمان المعاملة العادلة للمتهم"[2]، ويقتضي ذلك صيانة حقوقه الإجرائية، ثم تبرئته إن كان جديرًا بالبراءة، أو عدم تجاوز العقوبة التي يستحقها إن كان مستحقًا للإدانة، فالمصلحة العامّة تأبى أن يدان بريء أو أن يعاقب شخص بما يجاوز العقوبة التي يستحقها[3].

وتطبيقًا لقاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" على النّصّ القانوني – أنف الذكر – يمكن القول: إنّ حق الدفاع لا يتم إلاّ بتوفير من يتولى الدفاع عن المتهمين أمام القضاء؛ لأن الواجب هو التطبيق الصحيح للقانون والسير السليم في الدعوى؛ وهذا لا يتم إلاّ بحق الدفاع، كما أن التزام الدولة بمساعدة غير القادرين على استعمال حق الدفاع بتوفير من يدافع عنهم أمام القضاء من المحامين المعتمدين يُعَدُّ من المبادئ الأساسية في الإجراءات الجزائيّة[4]؛ فهذا من الوسائل الواجبة لتحقيق العدل في النظام القضائي الإسلامي[5]، فالقضاء وسيلة لإقامة العدل الذي هو من مقاصد الإسلام، لقوله تعالى: ﴿لِيَقُومَ ٱلنَّاسُ بِٱلْقِسْطِ﴾ [6]، وعلة كفالة حق الدفاع عن المتهم: هي حالة الاضطراب التي يعاني منها المتهم نتيجة لخطورة ما يواجهه من

---

(١) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني ، ١٣٦، ١٣٧.

(٢) السابق، ١٣٦-١٣٧.

(٣) السابق، نفس الصفحات.

(٤) السابق، ١٢٣، ١٢٤.

(٥) نحو تفعيل مقاصد الشريعة، د. جمال الدين عطية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي (سلسلة المنهجية الإسلامية رقم (١٧) عمّان – الأردن، ودار الفكر بدمشق – سوريا، ط١، ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م، ٧٤.

(٦) من الآية ٢٥ من سورة الحديد.

اتهام وما يحتمل أن يحكم به عليه، ممَّا يجعله لا يحسن عرض دفاعه، فلا يتوافر للمحكمة – بناء على ذلك العلم – المطلوب بوجهة نظره، ولذلك فإنه يتعيَّن أن يكون لكل متهم مدافع عنه، على أن التزام الدولة بندب محامٍ للمتهم المعسر وغير القادر على الدفاع يقتصر على حالة ما إذا لم يكن المتهم قدَ وَكَّل من يقوم بالدفاع عنه، أما إذا كان قد وكل فإن ذلك يكفي لتحقيق الغرض الذي يستهدفه القانون[1] وهو كفالة حق الدفاع؛ لأن الأصل هو حرية المتهم في اختيار من يدافع عنه[2].

ومما يُبَرِّر حق المتهم في الدفاع: أن مصلحة المجتمع إذا كانت تقتضي الكشف عن الحقيقة وضبط الأدلَّة المتعلِّقة بالجريمة، فإن المصلحة العامَّة لا يمكن حمايتها إلاّ إذا كان حق المتهم في الدفاع عن نفسه بمنأى عن أي اعتداء، لأن حرية الدفاع عنصر من عناصر العدالة ذاتها، وهذا ما يوجه ضرورة تمكين المتهم من إثبات براءته إن استطاع، حتى لا يُدان لمجرد التسرع في الاتهام دون أن يكفل له المجتمع دفاعًا حرًا؛ لأن المتهم في الغالب يجهل حقوقه أو يجهل كيفية مباشرتها، فيكون دور المدافع تعريفه بها ومساعدته في استعمالها[3].

ثانيًا: التطبيق في إجراءات المحاكمة

المحاكمة هي: "مجموعة من الإجراءات تستهدف تمحيص أدلَّة الدعوى جميعًا ما كان منها ضد مصلحة المتهم وما كان في مصلحته، وتهدف بذلك إلى تقصي كل الحقيقة الواقعية والقانونية، ثم الفصل في موضوعها إما بالإدانة إذا كانت الأدلَّة جازمة بذلك وإما بالبراءة إذا لم تتوافر الأدلَّة الجازمة بالإدانة"[4]، فهذا التعريف يوضح أهمية المحاكمة في تحديد مصير المتهم من خلالها؛ ولذلك تسمى

---

(١) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٣٨.
(٢) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د. محمد محمد شجاع، ٥٣.
(٣) السابق، ٥٢.
(٤) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٢٢.

المحاكمة: "بمرحلة الفصل في الدعوى"[1]، فهي تشمل جميع الإجراءات التي تباشر أمام القضاء منذ دخول الدعوى في حوزة المحكمة عن طريق رفع الدعوى حتى يصدر حكم باتّ فيها[2]؛ ولذلك لا بد للمحاكمة من إجراءات، ومن تلك الإجراءات: الإعلان، والتكليف بالحضور.

وقد أحاط القانون اليمني المحاكمة بضمانات؛ كتقرير مبدأ حق الدفاع، وتقرير أنه لا توقع عقوبة إلاّ بحكم قضائي – كما سبق تفصيل ذلك في الحديث عند مبدأ الشرعيّة الإجرائية[3] – وتقرير مبدأ علانية المحاكمة، ووجوب النطق بالحكم في جلسة علنية، فكل هذه من مبادئ إجراءات المحاكمة[4]، وهذه بعض أمثلة لتطبيق قاعدة: **"ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"** في تلك الإجراءات..

١ – التطبيق في إجراءات الإعلان والتكليف بالحضور

نصت المادة رقم (٣٠٩) من قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني على كيفية رفع الدعوى بقولها: "... يكون رفع الدعوى الجزائيّة إلى المحكمة المختصة من النيابة العامّة، وذلك بتكليف المتهم مباشرة بالحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة، ويجوز الاستغناء عن تكليف المتهم بالحضور إذا حضر الجلسة ووجهت إليه التهمة من النيابة العامّة وقبل المحكمة".

وبتطبيق هذا النصّ على قاعدة: **"ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"**،

---

(١) الإجراءات الجنائيّة في التشريع المصري، د. مأمون محمد سلامة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥م، ١/٧٦.

(٢) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٢٢؛ الإجراءات الجنائيّة في التشريع المصري، د. مأمون محمد سلامة، ١/٧٦،٧٥

(٣) انظر ما سبق في المبحث الرابع من الفصل الأول من هذا الباب.

(٤) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٢٣، المبادئ العامّة في قانون الإجراءات الجنائيّة، د. عوض محمد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩م، ٥٩٣.

يمكن القول: إن فصل القضاء في الدعاوى المرفوعة أمامه واجب؛ لأنه الجهة المنوط بها الفصل في الدعوى وإصدار الأحكام، وهذا الواجب لا يتحقق إلا بإعلان المتهم بتكليفه بالحضور مباشرة أمام المحكمة في الجلسة، أو بإعلامه بالدعوى عن طريق حضوره الجلسة وتوجيه التهمة إليه من قبل النيابة أمام المحكمة، إلاّ أن توجيه التهمة في الجلسة إلى المتهم الحاضر من النيابة العامّة هو أسلوب غير مباشر لإعلان المتهم، وهو أسلوب مختصر لإجراءات المحاكمة الجزائيّة، ومن شرط ذلك أن يكون المتهم حاضرًا في الجلسة وإلا أعيد إعلانه[1].

٢ – **التطبيق في بيانات ورقة التكليف بالحضور**

نصت المادة رقم (٣١٠) من قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني على البيانات التي يجب أن تتضمنها ورقة تكليف المتهم بالحضور، بقولها: "يجب أن تتضمن ورقة التكليف بالحضور التي يحررها المدعي أو الكاتب – حسب الأحوال – البيانات الآتية: (أولاً): اسم المدعي، ولقبه، وصفته، ومهنته، وموطنه. (ثانيًا): تعيين كاف للمتهم بذكر اسمه، ولقبه، وسنه، ومهنته، وموطنه، فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن كان له. (ثالثًا): تاريخ تقديم العريضة. (رابعًا): اسم المحكمة التي ترفع أمامها الدعوى. (خامسًا): بيان موطن مختار للمدعي... في البلد التي بها مقر المحكمة إن لم يكن له موطن فيها. (سادسًا): بيانًا وافيًا مختصرًا عن الجريمة موضوع الدعوى بذكر الأفعال المنسوبة للمتهم، وزمانها، ومكانها، وظروفها، وكيفية ارتكابها، ونتائجها، وغير ذلك ممَّا يكون ضروريًّا لتحقيقها...".

وبتطبيق هذا النصّ على قاعدة "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**"، يمكن القول: إن الهدف من المحاكمة هو الوصول إلى واجب الحكم بالعدل إما بالإدانة أو بالبراءة[2]، والوصول إلى هذا الواجب لا يتصور بدون تعيين المتهم تعينًا نافيًا

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر علي صالح أنقع، ط٢، ١٤٢٧هـ – ٢٠٠٦م، مكتبة مركز الصادق، صنعاء – الجمهورية اليمنية، ٢١٠.

(٢) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد محمد شجاع، ٤٦.

للجهالة؛ ولذلك لا بد أن يكون المتهم محددا بالاسم[1]، لأن لكل شخص اسمًا يعرف به ويميزه عن غيره من الناس، فالاسم من أهم مميزات الشخصيَّة، وهذا التمييز يكفل لكل فرد مصالحه وحقوقه، كما يسهل للجماعة اقتضاء حقوقها منه، ولا يكفي اسم الشخص لتمييزه عن غيره؛ بل يجب أن يلحق به اسم أسرته، أو لقبه، وتحديد مكان يُعْرَف به ويُفيد في العثور عليه؛ لأن التنظيم القانوني للعلاقات بين الأفراد يقتضي أن يستقر كل شخص في مكان ترتبط به مصالحه، حتى يتسنى مخاطبته فيه فيما يتعلق بشئونه القانونية، وهذا المكان يسمى: الموطن[2]، ولذلك لا بد من تحديد بيانات المتهم تحديدًا كافيًا للتمكن من إعلانه لشخصه وفي محل إقامته[3].

وبتطبيق قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" على ما ورد في البند السادس من المادة السابقة من وجوب اشتمال ورقة تكليف المتهم بالحضور على بيان وافٍ مختصر عن الجريمة موضوع الدعوى بذكر الأفعال المنسوبة إليه، وزمانها، ومكانها، وظروفها، وكيفية ارتكابها، ونتائجها، وغير ذلك ممَّا يكون ضروريًّا لتحقيقها، يمكن القول: إنه لمّا كانت المبادئ الجنائيَّة تقتضي وجوب إتاحة الفرصة للمتهم كي يعلم بالدعوى المرفوعة ضده، وكي يدافع عن نفسه فإن تحقيق هذه المبادئ لا يتم إلاّ بذكر بيان التهمة المنسوبة إلى المتهم، لأن الحكمة في ذلك تتمثل في تحديد نطاق الدعوى للتقيد بها[4]، كما أن لبيان التهمة بيانًا وافيًا مختصرًا أهميته في نفي الجهالة في الدعوى، فلا بُدَّ أن تكون الدعوى معلومة، لأنه يترتب عليها

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د. محمد محمد شجاع، ٤٦؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر علي صالح أنقع، ٢١١.

(٢) مبادئ القانون، د. محمد حسين عبد العال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ١٩٩٨م، ٤٢٠-٤٢٦.

(٣) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحكمة، د. مطهر علي صالح أنقع، ٢١١.

(٤) السابق، نفس الصفحة.

القضاء، والقضاء بالمجهول غير ممكن[1].

ثالثًا: التطبيق في إجراءات التنفيذ

نصت المادة رقم (٤٨٤) من قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني على كيفية معاملة المرأة الحامل في تنفيذ عقوبة القتل حدًا أو قصاصًا، أو في تنفيذ عقوبة القطع حدًا أو قصاصًا، أو في تنفيذ عقوبة الجلد حدًا، بقولها: "... يوقف التنفيذ في المرأة الحامل حتى تضع حملها، والمرضع حتى تتم رضاعة ولدها في عامين، ويوجد من يكفله، وتحبس على أن يحين وقت التنفيذ"، ونصت المادة رقم (٤٨٧) من نفس القانون على كيفية معاملة المرأة الحامل في تنفيذ عقوبة الرجم بقولها: "... وتعامل المرأة الحامل أو المرضع المحكوم عليها بالرجم معاملة المحكوم عليه بالإعدام"[2].

وبتطبيق هذين النصين على قاعدة: **"ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"**، يمكن القول: إنه لمّا كان من الواجب المحافظة على نفس معصومة لا ذنب لها، وهي نفس الجنين في بطن أمه ونفس الرضيع، فإن هذا الواجب لابد له من وسيلة هي المحافظة على الأم الحامل، والأم المرضع، لأن الحفاظ على نفس الجنين ونفس الرضيع وعدم الإضرار بهما لا يتم إلاّ بواجب الحفاظ على الحامل والمرضع، وذلك بتأخير تنفيذ عقوبات القتل والقطع في الحامل حتى تضع حملها، وفي المرضع حتى ترضع ولدها حولين إن كانت ممن يرضع، أما إن كانت ممن لا يرضع فإن تأخير العقوبات المذكورة في حقها ينتفي؛ لانتفاء الحكمة من التأخير، وهي الحفاظ على حياة الجنين وحياة الرضيع والحفاظ عليهما من الأضرار والأمراض، فهذه الحكمة منتفية في حالة عدم إرضاع الأم لولدها، لأنه قد يستعاض عن إرضاعها بمرضع أخرى.

---

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٢/١١٠.

(٢) والصواب أن تكون العبارة: "معاملة المحكوم عليها بالإعدام" أي: بإيقاف تنفيذ الرجم عن الحامل حتى تضع حملها، والمرضع حتى تتم رضاعة ولدها في عامين ويوجد من يكفله".

المبحث السادس

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة حكم وسيلة الواجب في قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني

أولاً: أنّ هذه القاعدة تفيد في الاستعانة بكل الوسائل المعاصرة لإجراء محاكمات عادلة

تتطور وسائل حياتنا المعاصرة تبعًا للتطورات العلميَّة، فمن الوسائل المعاصرة الملحوظة: استخدام الإشارة لإفهام ذوي العاهات - كالصم والبُكْم - ولفهمهم أيضًا؛ لأن المتهم أو الشاهد إذا كان أحدهما أبكمَ أو أصمَّ مثلاً فإنهما قد يعجزان عن إفهام سلطات التحقيق والقضاء ما يريدان قوله، وقد يعجزان - أيضًا - عن فهم ما تريد قوله سلطات التحقيق والقضاء؛ ولذلك لا بُدّ من استخدام لغة الإشارة عند التحقيق مع هؤلاء ومحاكمتهم وعند إدلائهم بشهاداتهم.

وإذا كان قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني قد نَص في مادته (٣٣٧) على أنه: "إذا كان المتهم أو الشاهد أبكم أو أصم ولا يعرف الكتابة عيّن القاضي للترجمة بينه وبين المحكمة من اعتاد مخاطبة أمثاله بالإشارة أو الوسائل الفنية الأخرى"، فإن هذا النَّصّ يعطي القاضي سلطة واسعة في الاستعانة بالخبراء المتخصصين في أحوال الصُّمِّ والبُكْم لفهمَ ما يقولون وإفهامهم ما يقوله الآخرون، وهذا ينسحب على سلطات التحقيق، فلها الاستعانة بهؤلاء الخبراء؛ لأنه إذا كان النَّصّ قد ورد في استعانة القاضي بهؤلاء الخبراء فإن هذا يسري في حق سلطات التحقيق من باب أدنى، لعلة واحدة هي إفهام الصم والبُكْم لإجراءات التحقيق والمحاكمات ولفهمهم.

ثانيا: أنّ هذه القاعدة تفيد في التزام القاضي بتحقيق وقائع الدعوى قبل الحكم فيها

هذه الفائدة تُعدّ من مبادئ إجراءات التقاضي، ومقتضاها: أنه يجب على القاضي أن يحقق الدعوى تحقيقًا دقيقًا ويتعرف على تفاصيلها قبل الحكم فيها، كما يجب عليه أن يتيح للمتهم كل فرص الدفاع؛ بل وينبهه إلى وسائل الدفاع وأدلّة

البراءة التي يسعه الاحتجاج بها وعدم قبول الاعتراف على علاّته، كما يجب على القاضي تمحيص كل جوانب الدعوى، فكل هذا من أهم ضمانات معرفة الحقيقة وإرساء قواعد العدالة والحيدة في إجراءات التحقيق والمحاكمة وتنفيذ العقاب(١)، وقد جعل ابن قيم الجوزية من واجب المفتي والحاكم ليتمكن من الفتوى والحكم بالحق: "فهم الواقع والفقه فيه، واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات؛ حتى يحيط بها علمًا"(٢).

ثالثًا: أنّ هذه القاعدة تفيد في التحديد الدقيق لنوع الوسيلة الواجب الاستعانة بها

تتنوع الوسائل التي يمكن الاستعانة بها في التحقيق والمحاكمات، وتتطور تبعًا لتطور العلوم وتنوعها، وتبعًا لتطور أساليب الجرائم وتنوعها، وتبعًا لأحوال أطراف الخصومة، وكل تلك الوسائل تندرج تحت مسمى: (الخبرة)؛ ولذلك لا بد من معرفة معناها، وعلاقتها بقاعدة: **"ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"** في كيفية تحديد نوع الخبير الذي يستعان به في إجراءات التحقيق، وذلك على النحو التالي:ـ

١ - معنى الخبرة (الوسيلة التي يستعان بها في التحقيق والمحاكمة).

أشار ابن قيم الجوزية إلى أهل الخبرة بقوله: "أهل القيافة(٣) كأهل الخبرة"(٤)، كما أشار إلى بعض أعمالهم التي يختصون بها بقوله: "اعتمادهم على الأمور المشاهدة المرئية لهم، ولهم فيها علامات يختصون بمعرفتها من التماثل، والاختلاف، والقدر، والمساحة"(٥)، ومن خلال هذا يمكن تعريف الخبرة بأنها: "عمل

---

(١) دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي الإسلامي، د. محمود نجيب حسني، ١١، ١٢.

(٢) إعلام الموقعين، ١/٧٠.

(٣) أهل القيافة: يسمى القائم بالقيافة: "القائف"، وهو متتبع الآثار والأشباه". انظر: [تحرير التنبيه، للنووي، ٣٠٣].

(٤) الطرق الحكمية، ٢٩٠.

(٥) السابق، نفس الصفحة.

يختص بمعرفته أناس مختصون بفهم بعض الأمور دون غيرهم".

والخبرة لم يحدد لها قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني معنى واضحًا، وإنما أشار إلى بعض أوصافها، فهي عمل فني يدق فهمه، وهذا هو ما ورد في الفقـرة (أ) من مادته رقم (٢٠٧) التي نصَّت على أن: "للنيابة العامَّة أن تطلب مـن طبيـب أو شخص له خبرة فنية في أي مجال إبداء الرأي في أي مسألة متعلِّقـة بـالتحقيق..."، وهو ما جاء أيضًا في المادة رقم (٣٣٤) من نفس القانون التـي نـصَّت علـى أن: "للمحكمة أن تستعين بخبير أو أكثر في أي مسألة يـدق فهمهـا..." فمـع أن هـذين النصين لم يذكرا تعريفًا للخبرة إلا أنه قد فهم من خلالهما أن الخبرة تعنـي: "إبـداء رأي فني من شخص مختص فنيًّا في واقعة ذات أهمية في الـدعوى الجزائيَّـة"[1]، والخبرة قضائيًا يقصد بها: "إبداء رأي فني في مسألة يتعذر على القاضي أن يـصل إلى رأي فيها دون الاستعانة بمن له دراية خاصة بأحد العلوم أو الفنون "[2].

ومن خلال هذا تتضح أهمية الخبرة في كونها إجـراءً مـساعدًا للمحقـق والقاضي للوصول إلى تقرير فني في مسألة يدق فهمها في الـدعوى، وفـي كونهـا وسيلة لإبداء آراء علمية أو فنية يدلي بها من تتوافر فيه مـؤهلات علميـة وفنيـة خاصة[3]؛ ولذلك لا يعد الشخص خبيرًا إلا إذا كان يعتمد في إبداء رأيه على أصـول علمية أو فنية ثابتة مسلَّم بها من أهل العلم أو الفن، فرفـع البـصمات ومـضاهاتها، وتحديد سبب الوفاة ووقتها، وبيان حالة المتهم العقلية، كلّ ذلـك يُعـد مـن أعمـال الخبرة[4]، إضافة إلى ذلك فإن الخبرة تمثل شهادة فنية، فهي نوع من الشهادة يبـدي

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر أنقع، ١٤٣.

(٢) المبادئ العامَّة في قانون الإجراءات الجنائيَّة، د. عوض محمد عوض، ٦٩٨.

(٣) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د. محمد محمد سيف شجاع، ٣٤٠.

(٤) المبادئ العامَّة في قانون الإجراءات الجنائيَّة، د. عوض محمد عوض، ٦٩٨.

فيها الخبير رأيه بشأن تقدير مسألة ذات طبيعة فنية خاصة[1]، وقد أشار ابن قيم الجوزية إلى كون الخبرة نوعًا من الشهادة بقوله: "... الموضحة[2] وشبهها وداء الحيوان الذي لا يعرفه إلا البيطار فيقبل في ذلك شهادة طبيب واحد وبيطار واحد إذا لم يوجد غيره نصَّ عليه أحمد، وإن أمكن شهادة اثنين، فقال أصحابنا: لا يُكتفى فيه بدونهما، أخذًا من مفهوم كلامه، ويتخرج قبول قول الواحد كما يقبل قول القاسم والقائف وحده"[3].

٢ – أهمية قاعدة: "ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب" في كيفية تحديد نوع الخبرة التي يستعان بها في إجراءات التحقيق والمحاكمة

قد يكون من بين الأمور التي تكوّن عقيدة القاضي في الدعاوى الجزائيّة مسائل فنية لا يتسع علمه لتعرفها ولا وقته لفحصها – كفحص حالة المتهم العقلية – إلا بالاستعانة بخبير[4]، ونظرًا لتقدم العلوم والفنون في الوقت الحاضر التي تشمل دراستها الوقائع التي تتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم ودقة النتائج التي يمكن الوصول إليها عند الاستعانة بالمتخصصين في هذه العلوم والفنون، فإنه لا بد من الاستعانة بهم؛ لأنهم يقدمون العون للقضاء وسائر السلطات المختصة بالدعوى الجزائيّة في أداء رسالتها، فللخبرة أهميتها في تحقيق العدالة[5]، وانطلاقًا من قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" فإنه يمكن القول: إنه لمّا كان في بعض القضايا غموض ولمّا كان على القاضي فهم الواقع ليتمكن من الحكم بالحق[6]، فإن هذا لا يتم

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد محمد سيف شجاع، ٣٤٠.

(٢) الموضحة هي: "ما أوضحت العظم، أي أظهرته". [تقريرات الشيخ عليش، بحاشية الدسوقي، ٤/٢٥١].

(٣) الطرق الحكمية، ١٦٩.

(٤) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد محمد سيف شجاع، ٤٦٧.

(٥) المبادئ العامّة في قانون الإجراءات الجنائيّة، د. عوض محمد عوض، ٦٩٨؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة د. مطهر أنقع، ١٤٣.

(٦) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ١/٧٠.

إلاّ بواجب آخر هو الرجوع إلى أهل الخبرة في المسائل التي يدق ويتعذر فهمها إلا على أهل الاختصاص؛ ولذلك أوجب قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني طلب تقرير الخبراء في بعض الحالات التي لا يفهمها إلا أهل الاختصاص، حيث نصّت المادة رقم (٢٠٨) من هذا القانون على أنه: "يكون طلب تقرير الخبير وجوبيًا في الأحوال الآتية:(أ) لبيان سبب الوفاة وطبيعة الإصابة الجسمانية. (ب) لتحديد الحالة النفسية للمتهم عندما يثور شك أثناء القضية حول قدرته على إدراك ماهية أفعاله وإرادتها. (ج) لتحديد الحالة النفسية أو الجسمانية للشاهد حينما يقوم شك على قدرته على المشاهدة الصحيحة للأحداث ورؤيتها بما يطابق الواقع. (د) لبيان سن المتهم أو المجني عليه في حالة ما يكون ذلك مهمًا للقضية ولا توجد مستندات تثبت سنهما"، فهذا النصّ يوجب على النيابة العامّة والمحكمة المختصة، طلب تقرير الخبير في الحالات المذكورة[١]، ولكن اختيار الخبراء يختلف باختلاف الواقعة المنظورة، ومن أمثلة ذلك ما يلي: -

أ - الاستعانة بخبراء في مجال التشريح لكشف ملابسات الجريمة

التشريح الجنائي هو: فحص جثة المجني عليه المتوفى للوصول إلى كشف الجريمة ومعرفة ملابساتها لمعرفة الجاني من البريء[٢] وهو أيضًا نوع من أنواع التشريح؛ لأن التشريح بصفة عامة هو: "علم تعرف به أعضاء الإنسان بأعيانها وأشكالها وأقدارها وأعدادها وأصنافها وأوضاعها ومنافعها"[٣]، ولهذا فإن للاستعانة بالخبراء في مجال التشريح أهمية كبرى في معرفة ملابسات وفاة المجني عليه، كما أن من العدل إدانة المجرم وتبرئة البريء بحيث لا يظلم، فكان لا بد من اتباع كافة الوسائل المشروعة الموصلة إلى العدل وكشف الجريمة، ومن تلك الوسائل: التشريح

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد محمد سيف شجاع، ٣٤١.

(٢) حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، د. عبد العزيز خليفة القصار، بحث منشور بمجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، السنة (٢٣) العدد (٤)، رمضان، ١٤١٩هـ - ديسمبر، ١٩٩٨م، ٢٧٩.

(٣) السابق، ٢٩٥.

الجنائي الذي يُعنى به الطب الشرعي الذي يعد فرعًا من فروع الطب يهتم بالكشف عن المسائل الطبية التي تهم العدالة وتهم رجال القانون، فيشتمل على فحص الجثة للوقوف على المتغيرات التي تطرأ عليها بعد الوفاة، أو المسببات التي أدت إلى حدوثها، بالإضافة إلى تحديد كيفية حدوثها، وتاريخه، والأدوات المسببة لذلك، والمدة التي انقضت منذ الوفاة حتى تاريخ الكشف عن الجريمة، وهل الوفاة عرضية؟ أم جنائية؟ أم انتحارية[1]؟ فكشف الجريمة عن طريق التشريح الجنائي فيه نفع للبشرية، لما فيه من معرفة الجاني ومعاقبته، وتبرئة البريء، وكشف ملابسات واقعة معينة حتى يتبين الحق والعدل فيها، ومع أنه قد يكون في التشريح هتك لحرمة المجني عليه بعد وفاته، إلا أنه توجد في مقابل هذا الهتك (المفسدة) مصلحة راجحة هي الوصول إلى العدل وتحقيقه وعقاب الجاني وتبرئة البريء، إضافة إلى أنّ القاعدة الأصولية المقرَّرة بأن: "**الضرورات تبيح المحظورات**" تؤكد أن الداعي للتشريح الجنائي هو ضرورة الكشف عن ملابسات الجريمة، ولكن الضرورة لا تبيح التشريح إلاّ بقدر الضرورة؛ لأن الضرورة تقدر بقدرها[2]؛ ولذلك ينبغي على من يقوم بالتشريح ويباشره أن يتحقق من وجود الضرورة أولاً، ثم يتحقق من المقدار الذي يباح به التشريح[3]؛ ولهذا كله وإعمالاً لقاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**"، يمكن القول: إن التشريح الجنائي قد يكون وسيلة واجبة يتعين على القضاء والنيابة الاستعانة بها لكشف الحقيقة ولمعرفة سبب الوفاة إذا توقف الوصول على الحقيقة في الجناية على هذا التشريح، ومن هنا – وعملاً بنص المادة رقم (٢٠٧) سالفة الذكر من قانون الإجراءات الجزائيَّة – فإن للمحقق أن يندب خبيرًا أو أكثر لمعرفة سبب الوفاة، وطبيعة الإصابة الجسمانية؛ لأن معرفة هذا يتطلب إلمامًا بمعلومات فنية يحتاج التعرف عليها إلى الاستعانة بخبير متخصص في ذلك[4].

---

(١) حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، د. عبد العزيز خليفة القصار ، ٢٥٥.

(٢) انظر قواعد الضرورة في المبحث الثاني من الفصل الثاني من الباب الرابع من هذا البحث.

(٣) حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، د. عبد العزيز خليفة القصار، ٢٨١.

(٤) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثاني: الإجراءات السابقة على المحاكمة، د. محمد راجح نجاد، ٢١٩، ٢٢٠.

وعملاً بنص الفقرة (أ) من المادة رقم (٢٠٨) سالفة الذكر من نفس القانون والتي تجعل طلب تقرير الخبير واجبًا على النيابة والمحكمة "لبيان سبب الوفاة وطبيعة الإصابة الجسمانية"، فإن الوفاة أو الإصابة إذا كانت جنائية فإنه يتعين على وكيل النيابة باعتباره محققًا، وللقاضي باعتباره مُصدِر الحكم في واقعة ما أن يتخذا من الإجراءات والتدابير ما يكشف ملابسات الجريمة من جميع جوانبها، ومن ذلك: إحالة الجثة إلى الطبيب الشرعي لمعرفة سبب الوفاة، وتاريخها، وأي شيء آخر يثبته تقرير الخبير، والسند القانوني الذي يجيز لوكيل النيابة وللقاضي ندب خبير لفحص الجثة أو تشريحها، هو ما نصَّت عليه المادة رقم (٢١٤) في فقرتها الخامسة من نفس القانون بقولها: "يتمُّ فحص أو تشريح الجثة بواسطة الطبيب الشرعي المعين والمصرح له بهذا، وبمعرفة النيابة، ويجوز في حالة الضرورة القصوى فتح القبر لمعاينة الجثة وتشريحها، ويصدر القرار بفتح القبر أو فحص الجثة أو تشريحها من النيابة العامَّة أثناء التحقيق، ومن المحكمة أثناء المحاكمة".

وبناءً على ما تقدَّم فإن القانون اليمني يجيز فحص الجثة وتشريحها؛ لأن ذلك إجراء من شأنه أن يساعد في كشف الحقيقة، وذلك بالاستعانة بخبير هو الطبيب الشرعي لمعرفة ملابسات الوفاة وإزالة الاشتباه فيها وفحص جثة المتوفى وصفة وفاته وساعتها، إلاَّ أنه لابد من أن يكون تشريح الجثة بواسطة الطبيب الشرعي المعين لذلك، وأن يكون التشريح بمعرفة النيابة العامَّة، وفي حالات الضرورة القصوى، وأن يصدر بذلك قرار من النيابة العامَّة أثناء التحقيق أو من المحكمة أثناء المحاكمة، فهذه الأمور يتعين مراعاتها في الحالات التي تستدعي الاستعانة بخبير في مجال التشريح لتقدير رأيه، إضافة إلى ذلك فإنه يراعى – بالنسبة لجُثَّة المتوفى – أن يأذن المحقق بدفن الجثة في أقرب وقت ممكن ويأمر بذلك دون تأخير بعد إتمام التشريح ما لم يكن هناك ما يدعو إلى خلاف ذلك[1].

---

(١) حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، د. عبد العزيز خليفة القصار، ٢٩٢، شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثاني: الإجراءات السابقة على المحاكمة، د. محمد راجح نجاد، ٢٢١ــ٢٢٢.

ب – الاستعانة بخبراء في مجال الأمراض العقلية والنفسية عند تعذر فهم حالة المتهم العقلية

إذا التبست حالة المتهم وثار الشكُّ في ذلك – كالشك في جنونه مثلاً – فإن للنيابة والمحكمة أن تستعين بخبير متخصص في مجال الأمراض النفسية والعصبية لتقرير حالة الجنون والمرض العقلي؛ إذ لا يمكن الاستغناء عن النتائج التي تقدمها العلوم الطبية المتعلّقة بهذا الموضوع، لما لتلك النتائج من أثر في الدعوى الجنائيّة، فالتقرير بحالة الجنون أو المرض العقلي قد يحول دون السَّير في الدعوى[1]، وتأكيدًا لاتباع السبل الموّصلة إلى كشف الحقيقة فإن قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني قد أوجب على النيابة والمحكمة الاستعانة بخبير لتحديد حالة المتهم العقلية ومعرفة سنه[2]؛ لأن هذه الأمور ممَّا يدق فهمها ولها تأثير في الدعوى، ولأن هذه من المسائل الفنية التي تحتاج الدعوى الجزائيّة فيها إلى رأي الخبراء، لإثبات الوقائع[3].

ولبيان أثر إثبات حالة المتهم العقلية في وقف رفع الدعوى الجزائيّة ضده وإيقاف محاكمته فقد نصَّت المادة رقم (٢٨٠) من قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني على أنه: "إذا ثبت أن المتهم غير قادر على الدفاع عن نفسه بسبب جنون أو عاهة عقلية أخرى طرأت عليه بعد وقوع الجريمة يوقف رفع الدعوى عليه أو محاكمته حتى يعود إليه رشده...".

وعن إثبات الجنون وعاهة العقل يقول الدكتور/ عوض محمد: "تقدير حالة المتهم العقلية ومدى تأثيرها على مسئوليته الجنائيّة أمر يتعلق بوقائع الدعوى، والفصل فيها موكول لقاضي الموضوع بلا معقب عليه من محكمة النقض ما دام قضاؤه محمولاً على أسباب تسوغه"[4]، أي أن البحث عن حالة المتهم العقلية هو

---

(١) الإجراءات الجنائيّة في التشريع المصري، د. مأمون محمد سلامة، ١٣/١.

(٢) الفقرات (ب)، (ج)، (د) سالفات الذكر من المادة رقم (٢٠٨) من قانون الإجراءات الجزائيّة.

(٣) المبادئ القانونية والقضائية في الدعاوى الجزائيّة، د. حسن علي مجلي، هامش(١)، ص ١٥٧.

(٤) قانون العقوبات، القسم العام، ٤٨١.

نوع من الاستفصال والتحري؛ لأن ما تقوم به المحكمة في هذا الصدد هو القيام بواجب يتمثل في انتداب خبير في مجال الأمراض العقلية؛ لأن هذا ممَّا يتعلق بالمسائل الفنية التي يتعذر على المحكمة أن تشق طريقها فيها وأن تقدرها بنفسها، فلها كامل السلطة في تقدير وقائع الدعوى[1]، ولأن الأصل أن المحكمة هي "الخبير الأعلى في كل ما تستطيع أن تفصل فيه بنفسها"[2]، كما أن علّة وجوب البحث عن حالة المتهم العقلية: هي تقرير مسئوليته الجنائيَّة من عدمها؛ لأن موانع المسئولية عبارة عن أحوال لا تبيح الفعل وإنما تمنع مسئولية الفاعل، فيظل الفعل محرمًا، فهو جريمة كسائر الجرائم إلا أن الفاعل لم يكن ساعة اقترافه للجريمة عاقلاً مدركًا، غير أن إثبات ذلك يتطلب الرجوع إلى الخبراء، ولذلك فإن للمحكمة – على سبيل المثال – أن تقرر صراحة انتداب طبيب أمراض عقلية للكشف على المتهم، وبيان ما إذا كان يعاني من جنون مانع من مسئوليته عن الجريمة المنسوبة إليه، فالقاضي يقف عاجزًا عن الفصل برأي في القضية حتى تنجده مشورة الطبيب المختص؛ إذ القضية في جوهرها قضية فنية وإن كانت آثارها وأحكامها قضايا فقهية[3].

جـ – الاستعانة بخبراء في مجال الترجمة عند تعذر معرفة لغة أحد الخصوم أو أحد الشهود

من الوسائل التي يتوصل بها في إجراءات التحقيق والمحاكمات: الترجمة، فهي تفيد في فهم ما يقوله أحد الخصوم أو الشهود وإفهامهم إذا كانوا لا يتكلمون اللغة العربية؛ إذ لا سبيل لفهم ما يقولونه وإفهامهم بما يقوله القاضي أو وكيل النيابة إلا بندب مترجم متخصص في اللغة التي يتكلمها الخصم أو الشاهد.

---

(١) قانون العقوبات، القسم العام، ٤٨٢.

(٢) السابق، نفسه.

(٣) شرح الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٦١.

اقتـــــراح

حيث إنّ الخبراء لا ينحصرون في مجال معــين، وحيــث إنّ القــضايا لا حصر لأشكالها وأساليبها وأطرافها، فإن الباحث يرى أنه – ومن باب سرعة الفصل في القضايا – يجب إنشاء إدارة في كل محكمة – أو في كل محكمة استئنافية علــى الأقل – تُعنى هذه الإدارة بانتداب الخبراء، بحيث تقوم بدراســة القــضية مــن كــل جوانبها وتحديد نوع الخبير، ويكون لتلك الإدارة سجل بالجهات والأشــخاص الــذين يعتبرون خبراء في عدة مجالات، بحيث إذا كانت القضية تتطلب خبيرًا فإنـــه يكــون من السهل على القاضي انتدابه، إضافة إلى أن استحداث تلك الإدارة يعتبــر عــاملاً مساعدًا في سرعة الفصل في القضايا، ويمكن أن تسمى تلك الإدارة: (إدارة انتــداب الخبراء) أو أي مسمى آخر يدل على اختصاصها.

رابعًا: أن هذه القاعدة تفيد في وجوب الاستعانة بالعلوم الحديثة لتحديــد مرتكبــي الجرائم

العلاقة بين قانون الإجراءات الجزائيّة وبين قــانون الجــرائم والعقوبــات وثيقة، لأنهما معًا يشكلان القانون الجنائي، وهما يتحدان في الهدف وهــو مكافحــة الإجرام ويتفقان في الحرص على حماية حقوق وحريات الأفراد؛ فلا يتصور تطبيق أحدهما دون وجود الآخر[١].

وإذا كان موضوع قانون الإجراءات الجزائيّة هو الكشف عــن الجريمــة ونسبتها إلى فاعلها وتنفيذ الأحكام الصادرة فيها، فإنه في سبيل ذلك يستعان بالنتــائج التي تقدمها العلوم الطبية والاجتماعيّة المتصلة بهذا الموضوع؛ مثل علــم التحقيــق الجنائي، وعلم الطب الشرعي، وعلم النفس القضائي[٢]، أما قانون الجرائم والعقوبات

---

(١) الإجراءات الجنائيّة في التشريع المصري، د. مأمون سلامة، ١/١١؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الأول: الدعاوى الناشئة عن الجريمة، د. مطهر علي صالح أنقع، ١١.

(٢) الإجراءات الجنائيّة في التشريع المصري، د.مأمون سلامة، ١/١٣؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الأول: الدعاوى الناشئة عن الجريمة، د. مطهر علي صالح أنقع، ١٧، النظام

فإنه يمثل الجانب الموضوعي للعلوم الجنائيَّة، فهو قانون يتولى الأحكام القانونية التي تحدد الأفعال المحرمة والعقوبات التي يستحقها فاعلوها، إلا أن تلك الأحكام لا يمكن تطبيقها على نحو يحقق الغرض المقصود من وضعها إلا إذا تمت الاستعانة بعدد من المساعدات أيضًا؛ مثل: علم التحقيق الجنائي، وعلم الطب الشرعي[1]؛ لأن التطبيق العملي للقانون الجنائي يقتضي استعانة القاضي بالعلوم التي تساعده على كشف الجريمة ومرتكبها، ومن ثمَّ تحديد العقوبات لكل جريمة[2]، كما أن تطبيق القانون في الوقت الحاضر يتطلب إلمامًا ببعض العلوم والفنون التي يقتضي إعداد القاضي تثقيفه ببعضها، واستعانته بغيره من الخبراء المتخصصين في البعض الآخر، على أن يعملوا تحت إشرافه باعتباره الخبير الأعلى في الدعوى[3]، وفيما يلي توضيح لبعض العلوم المساعدة لتطبيق القانون الجنائي: –

١ – **علم التحقيق الجنائي:** وهو العلم الذي يبحث في أساليب الكشف عن الجريمة بعد وقوعها، وذلك بالكشف عن مكانها، ومعاينتها، وإحصاء ما بها من آثار وعلامات؛ كالبصمات، وآثار الدماء، ومخلفات الأسلحة، والملابس، والأدوات المستخدمة في ارتكاب الجريمة، ثم تصوير هذه الآثار والعلامات ورفعها وتحليلها والبحث عن الجاني وتعقبه، وجمع كافة الدلائل المادية وعرضها للاستفادة منها في تحقيق الواقعة وتحديد مرتكبها بالدليل العلمي الظاهر[4].

الجنائي: أسسه العامَّة في الاتِّجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي، د. عبد الفتاح خضر، معهد الإدارة العامَّة بالمملكة العربية السعودية، ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢م، ١/١٠.

(١) شرح الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٤٣.

(٢) النظام الجنائي: أسسه العامَّة في الاتِّجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي، د. عبد الفتاح خضر، ١/١٠.

(٣) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ٢٣.

(٤) الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د.علي حسن الشرفي، ٤٦.

ويصنف علم التحقيق الجنائي إلى أصناف ثلاثة هي[1]: -

أ - **التحقيق الجنائي العملي**: وهو الذي يبحث في أسلوب التحقيق، وطرقه، وإجراءاته.

ب - **التحقيق الجنائي التطبيقي**: وهو علم ذو طبيعة احترافية يقوم على أساس الدراسة الواقعية لأساليب المجرمين، ووسائل الشرطة في تعقب آثارهم ومتابعتهم ولذلك فإنه يدخل فيه كلّ إجراء يتّخذ في مكان الجريمة؛ من معاينة، ورفع آثار، وإثبات طريقة ارتكاب الجريمة، ونحو ذلك.

ج - **التحقيق الجنائي الفني**: وهو علم يبحث في الطرق الفنية المتصلة بالجانب العلمي، حيث يجري في هذا النوع من التحقيق استخدام المعطيات العلميّة الحديثة؛ مثل: علم البصمات، وعلم المختبرات الطبية، وعن طريقه يجري تحليل المخلفات التي يتم التقاطها من مسرح الجريمة ومقارنتها والقيام بكل عمل يحتاج إلى تحليل ودراسة معملية وفنية.

٢ - **علم الطب الشرعي**: وهو علم فني له علاقة بالتحقيق الجنائي الفني؛ إذ يقوم على توظيف لجملة من الحقائق والمعارف الطبية في الميدان الجنائي؛ وذلك للبحث عن أسباب الإصابات، ودرجاتها، وتاريخ حدوثها، ويستخدم الطب الشرعي في ذلك: المعاينة، والتحليل، والتشريح، فهو سند للمحقق، ودليل للقاضي يساعده على معرفة الحقيقة ليتم وضع الحكم الشرعي[2].

ومما لا شك فيه أن الحياة هي التي دعت لإيجاد مثل هذه المساعدات، وهي التي دعت إلى تطويرها وتنوعيها، ولا زالت مجريات الحياة تدعو للمزيد، والأمر منوط بالحاجة ومتوقف على الممكن المتاح، ولا يأبى التشريع الجنائي

---

(١) لأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د.علي حسن الشرفي،، ٤٦، ٤٧.

(٢) السابق، ٤٧.

الإسلامي ولا يرفض الاستفادة من ثمرات الجهود العلميَّة طالما كانت متفقه مع أحكامه بلا أدنى تعارض أو تناقض.

خامسًا: أنّ هذه القاعدة تفيد في إصدار الأحكام القضائية الجزائيَّة واضحة نافية للجهالة

لمّا كان القضاء بالمجهول غير ممكن[1]؛ لما في الجهالة من الإبهام لأطراف الدعوى ونوعها، كان لا بد من إزالة هذا الإبهام بتبيين أطراف الدعوى بيانًا نافيًا للجهالة، وبيان نوع الدعوى والإجراءات التي تمت منذ بداية رفع الدعوى حتى صدور الحكم القضائي فيها، ففي هذا رفع للاشتباه وإزالة للإبهام، ولهذا فإن القاضي في الأحكام الجزائيَّة يفيد من قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" في البحث عن أطراف الدعوى وتعيينهم تعيينًا نافيًا للجهالة، لأن صدور الحكم يترتب عليه حقوق وواجبات؛ ولهذا لا بُدَّ من اشتمال الحكم على أطراف الخصومة ووقائعها، وهذا يترتب عليه وجوب اشتمال الحكم على البيانات الخاصَّة بأطراف الدعوى؛ كذكر اسم المتهم، والبيانات الخاصَّة به للتحقق من أنه الشخص المطلوب محاكمته، وكذلك ذكر اسم الطرف الآخر في الدعوى ببيانه؛ لأهمية هذا البيان في تحديد من تنصرف إليهم آثار الحكم حتى لا يحتج طرف في الدعوى بأنه ليس معنيًا بآثار الحكم[2]، وهذا ما نصَّت عليه الفقرة الرابعة من المادة رقم (٣٧٤) من قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني التي ذكرت أنه لابد أن يُبيَّن في الحكم" أسماء الخصوم، وألقابهم، وصفاتهم، وموطن كل منهم، وحضورهم وغيابهم"، ومع أن هذا النَّصّ قد أوجب اشتمال الحكم على بيانات الخصوم؛ إلا أنه لم يبين للقاضي كيفية الحصول على هذه البيانات، ولكن من منطلق قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" فإن

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود الموصلي، ٢/١١٠.

(٢) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د. محمد محمد سيف شجاع، ٤٨١؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر علي صالح أنقع، ٣٢٩؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثاني: الإجراءات السابقة على المحاكمة، د. محمد راجح نجاد، ٢٤٨.

له أنْ يستخدمَ كلَّ الوسائلِ الموصلة إلى ذلك؛ كطلب البيانات من السجلاتَ والوثـائق الرسمية.

وعلى القاضي – أيضًا – أن يصدر أحكامًا قوية مبنية على أسباب قويـة، يخلص منها إلى منطوق واضح ودقيق، وقد قررت المادة رقـم (٣٧٢) مـن نفـس القانون أنه: "يجب أن يشتمل الحكم على الأسباب التي بني عليها، وكل حكم بالإدانـة يجب أن يشتمل على الأدلَّة التي تثبت صحة الواقعة الجزائيَّة، ونسبتها للمتهم، ويتعين أن يتضمن الحكم بتوقيع العقوبة نص التجريم والأسباب التي قُدِّرت العقوبـة علـى أساسها..."، كما قررت الفقرة السابعة من المادة رقم (٣٤٧) من نفس القـانون بـأن يُبَيِّنْ في الحكم "أسباب الحكم ومنطوقـه"؛ لأن أسـباب الحكـم، (أو حيثياتـه) كمـا تسمى[1]، هي: "مجموعة الأسانيد والمقدمات المنطقية التي تقود إلى النتيجـة التـي خلص إليها الحكم، من حيث إدانة المتهم أو براءته"[2]؛ لأنه يتضح من أسباب الحكـم مسار الأدلَّة في الواقعة، ويستطاع من خلال تلك الأسباب الوقوف على مسوغات ما جزم به القاضي في حكمه.

وإعمالاً لقاعدة: **"ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"** فإن معرفة القاضي لحقيقة الدعوى والفصل فيها واجبٌ، وهذا لا يتم إلاّ بواجب تدقيق البحـث وإمعـان النظر، ولذلك فإن تسبيب الأحكام من مظاهر قيام القاضي بهذا الواجب، كما أن مـن واجبِ القاضي دفع الشكوك التي تثار حوله، ومن وسائل ذلك: التسبيب، إذ بـه يـسلم القاضي من مظنة التحكم في إصدار الأحكام وفقًا لرغباته، وبه يرتفع ما قد يعتـري أذهان الناس من الشكوك في العدالة، فتسبيب الحكم يحمل القاضي علـى تمحـيص رأيه، فلا يقدم على إصدار الحكم إلا بعد أن يحسن دراسته؛ لأنه يعلم يقينًا إنه يتعـين عليه أن يقدم الحجج التي جعلته يتبنى هذا الرأي، في حين أنه قد يتبنىّ رأيًا ناتجًا عن

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر علي صالح أنقع، ٣٣١.

(٢) السابق، نفس القسم، نفس الصفحة.

نظرة سطحية مُتَعَجِّلة إلى عناصر الدعوى إن هو لم يلتزم بالتسبيب، كما أن تسبيب الأحكام القضائية يتيح للمحكمة الأعلى درجة تقدير قيمة الحكم، والفصل في الطعن على نحو معين؛ فالطعن يوجه أساسًا إلى أسباب الحكم لتفنيدها، والفصل في الطعن يعتمد على مناقشة هذه الأسباب في ضوء تفنيد الطعن لها؛ ولهذا كله لا بد في الأسباب أن تكون كافية ليستقيم بها القضاء، وأن تكون سائغة للإقناع بما قضى به الحكم في منطوقة، إضافة إلى أن تسبيب الأحكام يتيح الدراسة العلميَّة لها من قبل رجال الفقه ومراكز البحث، كما تتيح دراسة أسباب الأحكام تتبع التطور العلمي للقضاء[١].

أما بالنسبة لبيان الأسباب الخاصَّة بأحكام الإدانة، فإنه يتعين في تلك الأحكام قيام الأدلَّة على نسبة الواقعة إلى المتهم، كبيان ماهية الفعل، مثل أن يكون الفعل إزهاق الروح في القتل العمد، كما يتعين أن يتضمن الحكم الجزائي نص التجريم بذكر رقم المادة أو المواد التي تنص على العقوبة المحكوم بها؛ لأن هذا يجعل القاضي على بيِّنة من سلامة استدلاله بالنص القانوني الذي انتهى إلى تطبيقه على الواقعة المنظورة أمامه، ولأن ذكر نص التجريم والعقاب يُظْهر التزام القاضي بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الذي يقضي بألاّ تجريم ولا جزاء جنائيًا إلا استنادا إلى نص تشريعي[٢]، أما بالنسبة لتسبيب أحكام البراءة فيكفي أن تثبت المحكمة وجود

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر علي صالح أنقع، ٣٣٢؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د. محمد محمد سيف شجاع، ٤٨٤؛ المبادئ القانونية والقضائية في الدعاوى الجزائيَّة، د. حسن علي مجلي، هامش (١) ص ٣٨، وهامش(١) ص ١٥٥.

(٢) الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائيَّة، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان، إصدار كلية الحقوق – جامعة حلوان، العدد الأول، يناير – يونيو، ١٩٩٩م، ٣٤٦، ٣٤٧؛ النظام الجنائي، د. عبد الفتاح خضر، ٦١/١؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر أنقع، ٣٣٤.

الشك في وجود الجريمة، فالشك يفسر لمصلحة المتهم[1].

وإذا كان تسبيب الأحكام الجزائيَّة أمرًا واجبًا فإن هذا لا يتحقق إلا بوضوح تلك الأسباب وتفصيلها، بحيث تكون عبارات الأحكام واضحة غير مجملة ولا موجزة مخلّة بذكر الوقائع[2]، ولكي يتحقق العلم بمسوغات الحكم الجزائي لا بـد أن تكـون أسباب الحكم التي بني عليها مفصلة إلى القدر الذي تطمئن إليه النفس والعقـل بـأنّ القاضي كان مُحقًّا فيما ذهب إليه في منطوق الحكم؛ لذلك فإنه ينبغي في التـسبيب أن يكون مستندًا إلى أدلّة موجودة في القضية المنظورة، وأن يُذكر في التسبيب كل دليل استند إليه الحكم، فلا يكفي مجرد الإشارة العابرة إليه، أو إيـراده بطريقـة الإيجـاز المخل، بل يجب سرد مضمونه بطريقة وافية[3]؛ ففي كل ذلـك إيـضاح وتفـصيل للأسباب.

وبالنسبة لمنطوق الحكم: فإنه الجزء الأخير والأساسي في الحكم المـشتمل على قضاء المحكمة في الدعوى، وأهميته أكثر من الأسـباب؛ لأن الأسـباب هـي المقدمة للمنطوق وخلاصة الأسانيد التي اعتمد عليها، أما المنطوق فإنه يحسم النزاع بين الخصوم[4]، وكلّ من أسباب الحكم ومنطوقه متممٌ للآخر، فإذا كان منطوق الحكم هو الذي تنقضي به الدعوى الجزائيَّة أو المدنية فإن أسبابه تَسُد النقص الـوارد فـي منطوقه؛ ولذلك لابد أن يكون المنطوق متسقًا مع الأسباب، مؤسسًا تأسيسًا سليمًا على

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: اجراءات المحاكمة د. مطهر أنقع، ٣٣٦

(٢) ويترتب على غموض الأسباب وإبهامها وصعوبة فهمها: أن يوصف الحكم بالمعيب ويجب نقضه، لأن هذا ممًا يعوق المحكمة العليا للنقض والإقرار عن تفهم مرامي الحكم والإلمام بأسبابه على نحو يمكنها من الاستيثاق بأن القانون قد طبق تطبيقًا صحيحًا. انظر: [المبادئ القانونية والقضائية في الدعاوى الجزائيَّة، د. حسن علي مجلي، هامش(١)، ص ١٥٤].

(٣) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر علي أنقع، ٣٤٣ - ٣٤٤.

(٤) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر علي صالح أنقع، ٣٤٩؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د. محمد شجاع، ٤٨٤.

الأدلّة المتوافرة، وأن تكون طريقة سرد الأسباب محققة للغرض منها ومؤدية عقلاً إلى ما انتهى إليه الحكم من نتائج بدون تضارب بين أسباب الحكم وبين منطوقه[1]، كما أن في منطوق الحكم إيضاحًا بأن هذا الحكم قد صدر بألفاظه، وأن من أصدره أراد ذلك المنطوق صراحة؛ ليكون واضحًا، ويكون الاحتجاج به أو الطعن فيه ممكنًا[2].

كما أن قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" تقتضي صياغة الأحكام بلغة يفهمها الخصوم، وقد قرر قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني في مادته رقم (٣٧٤) تحرير الأحكام باللغة العربية، حيث نصّت على ذلك بقولها: "تحرر الأحكام باللغة العربية..."، لأن اللغة العربية هي اللغة المتكلم بها في اليمن، ولا يمكن مخاطبة الغير بحكم من الأحكام بلغة لا يفهمها، فهذا تكليف ما لا يطاق، ولأن اللغة العربية هي اللغة التي سارت بها الإجراءات فلا بد أن يكون الحكم بنفس تلك اللغة، ولأن الحكم لا يمكن الاحتجاج به إلا إذا كان مُحررًا باللغة المعمول بها وهي اللغة العربية في بلادنا وفي كل الدول العربية، كما أن إصدار الأحكام باللغة المتكلم بها والمعمول بها يُمكّن الخصوم من الطعن في الحكم، إذ لا يمكن الطعن أمام الجهات القضائية العليا إلا باللغة المعمول بها؛ لأن الطعن يترتب عليه آثار قانونية[3]؛ كقبوله أو رفضه، غير أنه لمّا كان الواجب هو إصدار الأحكام باللغة العربية فإن هذا الواجب لا يتم إلاّ بفهم القاضي قواعد اللغة العربية، كما أنه يجب

(١) المبادئ القانونية والقضائية في الدعاوى الجزائيّة، د. حسن علي مجلي، هامش(١)، ص ١٥٥؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر علي صالح أنقع، ٣٥٣.

(٢) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثاني: الإجراءات السابقة على المحاكمة، د. محمد راجح نجاد، ٢٤٩ – ٢٥٠.

(٣) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثاني: الإجراءات السابقة على المحاكمة، د. محمد راجح نجاد، ٢٤٩.

اشتمال الأحكام القضائية على ذكر تاريخ إصدارها، مراعاة لحفظ واجب آخر هو حفظ حق الخصوم في الطعن في تلك الأحكام، ولهذا قررت الفقرة الأولى من المادة رقم (٣٧٤) من نفس القانون أن يشتمل الحكم على ذكر "المحكمة التي أصدرته، وتاريخ إصداره، ومكانه"، لكي يتاح لمن أراد أن يطعن فيه احتساب مدة الطعن التي يحددها القانون[١].

وأخيرًا: فإنّ قاعدة: **"ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"** تفيد في تحديد مواعيد التقاضي تحديدًا دقيقًا؛ لأن الخصومات تستلزم طرفين أو أكثر يتخاصمان، ومراعاة القاضي لتحديد موعد تقاضيهما أمر ضروري؛ حتى يتمكن الخصوم من الحضور في الوقت الموعود، ولأن عدم تحديد موعد التقاضي يفتح الباب واسعًا لمن أراد المماطلة من الخصوم، ولأن المهمة الأساسية للقاضي هي فصل الخصومات، والأصل أن يتم فصل الخصومات منذ الجلسة الأولى، بيد أن من الخصومات ما يستدعي مزيدًا من الاستيفاء والاستفصال والبحث، وهذا حال معظم الخصومات في زمننا الحاضر؛ لذا "فمن واجب القاضي إن أراد لسبب أو لآخر تأجيل النظر في أية خصومة أن يبين ذلك السبب؛ عملاً بقاعدة: **"ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"**؛ ليعرف القاضي والمتقاضون في الجلسة التالية ما هو مبرر عقدها، وعليه فإن أي تقصير أو قصور في هذا الجانب يسبب تعثر القضايا وإطالة أمد التقاضي"[٢]

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائية، القسم الثاني: الإجراءات السابقة على المحاكمة، د. محمد راجح نجاد، ٢٥١.

(٢) الإدارة القضائية (إدارة المحكمة و ما في حكمها) للقاضي عبد الملك عبد الله الجنداري، الدليل القضائي(١) إصدارات: وزارة العدل – الجمهورية اليمنية، المطبعة القضائية، صنعاء، ط١، ١٤٢٧هـ– ٢٠٠٦م، ٦٢؛ وانظر قريب من هذا:[دليل كتبة المحاكم، للمؤلف نفسه، الدليل القضائي(٤) إصدارات:وزارة العدل،الجمهورية اليمنية،المطبعة القضائية،صنعاء،ط١، ١٤٢٧هـ – ٢٠٠٦م، ٣٥].

المبحث السابع

أمثلة تطبيقية للإفادة من قاعدة حكم وسيلة الواجب في قانون الجرائم والعقوبات اليمني

قاعدة حكم وسيلة الواجب يمكن إعمالها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني، ومن الأمثلة التطبيقية لذلك ما يلي: -

أولاً: التطبيق في تقييم الديات

حددت المادة رقم (٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢)، لسنة ١٩٩٤م، بشأن الجرائم والعقوبات اليمني كيفية تقييم الدية والأرش بقولها: "الدية الكاملة ألف مثقال من الذهب الخالص تعادل خمسمائة جنيه من الذهب أبو ولد[١] أو ما يعادل ذلك من العملة الورقية بالسعر القائم وقت التنفيذ..."، إلا أن هذا الإجمال في كيفية تقييم الدية بمعادلتها بالعملة الورقية بسعر الخمسمائة جنية من الذهب أبو ولد وقت التنفيذ قد تم تفصيله بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥م، حيث نصَّت المادة الأولى منه على أن: "تعدل المادة (٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات لتصبح كما يلي: الدية الكاملة هي سبعمائة ألف ريال يمني..."، ووفقًا لهذا القرار قامت وزارة العدل بالجمهورية اليمنية بتاريخ غرة المحرم سنة ١٤١٦هـ - الموافق ٣١ مايو سنة ١٩٩٥م بتحديد الديات، فحددت الدية الكاملة للعمد وشبهه بسبعمائة ألف ريال يمني، والخطأ بخمسمائة وستين ألف ريال، لأن الدية في الخطأ خفضت بمقدار الخمس[٢]، كما قامت وزارة العدل بوضع جدول آخر بتاريخ ٢٨ رمضان لسنة ١٤٢٧هـ

---

(١) هكذا. ولا مبرر لهذا القيد، لأن الأشكال والرسوم على الذهب لا تقفُ عند شكل معين.

(٢) انظر الوثيقة رقم(٢٦) من الملحقات الواردة في آخر هذا البحث.

الموافق ٢٨ من شهر ديسمبر لسنة ٢٠٠٦م، تم في هذا الجدول تحديد مقدار الدية والأروش بحسب هذا التعديل(١).

وتطبيقًا لقاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" فإنه يمكن القول: إن القانون اليمني عندما أوجب الدية الكاملة بألف مثقال من الذهب الخالص فإنه قد جعل من الواجب تحديد قيمتها بما يعادل ذلك بالريال اليمني، ثم تولى القانون بنفسه تحديدها بسبعمائة ألف ريال يمني، ثم حددها بخمسة ملايين ريال وخمسمائة ألف ريال يمني، وهو ما يعني أن القانون اليمني قد جعل تحديد الدية والأروش بالريال واجبًا لتمام وجوب الدفع، فالدفع إذا كان واجبًا فإنه لا يتم إلاّ بالريال؛ لأن الريال هي العملة المتداولة في اليمن، وقد أحسن القانون اليمني صنعًا عندما حددها بالريال، لما في ذلك من تحقيق العدل في جانب كلٍّ من المحكوم له والمحكوم عليه؛ لأنه لو ترك تحديد ذلك للناس لاختلف المحكوم له والمحكوم عليه في طبيعة المال المدفوع.

ثانيًا: التطبيق في تحديد الإصابات

نصت المادة رقم (٤٢) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م، على أنه "... يعتمد في تحديد نوع الإصابة على تقرير من طبيب مختص أو أهل الخبرة...".

وبتطبيق هذا النصّ على قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**"، يمكن القول: إنه لمّا كان يترتب على الاعتداء على سلامة الجسم إصابات فإن الحكم بالعقوبة لا يتم إلاّ بمعرفة نوع الإصابات، وهذا لا يتم إلا بتقرير من طبيب مختص

---

(١) انظر الوثيقة رقم (٢٧) من الملحقات الواردة في آخر هذا البحث.

وانظر نص المادة (١) من القانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٦م بتعديل المادة (٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات التي جاء فيها: "تعدل المادة (٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات على النحو التالي: مادة(٤٠) دية العمد وشبة العمد خمسة ملايين وخمسمائة ألف ريال... ودية الخطأ مليون وستمائة ألف ريال...".

أو من أهل الخبرة؛ ولذلك كان الرجوع إليهم واجبًا لوجوب تحديد مقدار العقوبة بالأرش، فالجنايات تختلف في خطورتها تبعًا لنوع الجناية، والرجوع إلى الطبيب المختص في معرفة نوع الجرح وعمقه وطوله وعرضه وخطورته واجب، والأطباء المتخصصون هم الأعرف بذلك أكثر من غيرهم، ووجوب القضاء بين الناس بالحق على أساس العدل يستلزم معرفة نوع الجراح وخطورتها، وليحكم على الجاني عن بيِّنة.

ولم يقتصر المشرع اليمني في اعتماد تحديد نوع الإصابات على تقرير طبيب مختص أو أهل الخبرة على النصّ على هذا الأمر في قانون الجرائم والعقوبات، بل نص على ذلك أيضًا في قانون الإجراءات الجزائيَّة، فالفقرة (أ) من المادة رقم (٢٠٨) منه أوجبت على النيابة طلب تقرير الخبير: "لبيان سبب الوفاة وطبيعة الإصابة الجسمانية"، والمادة رقم (٣٣٤) من نفس القانون نصَّت على أن:" للمحكمة أن تستعين بخبير أو أكثر في أي مسألة فنية يدق فهمها ويبدي الخبير رأيه فيها في تقرير مكتوب موقع عليه منه..."؛ وهذا كله تأكيد على ضرورة وجوب الرجوع إلى رأي الأطباء المختصين في تحديد نوع الإصابات ومقاديرها؛ لأن هذا سبيل للوصول إلى كشف الحقيقة، كما إن هذه النصوص توضح أن الاستعانة بالأطباء في تحديد نوع الإصابات يساعد في كشف الحقيقة لإصدار الأحكام القضائية عن بينة.

والاستعانة بأهل الاختصاص يندرج تحت ما يسمى: بالخبرة كما مرَّ في المبحث السابق، ولا شك أن تقارير الأطباء ومعرفتهم للإصابات تفيد في مجريات القضية وصولاً إلى إصدار الحكم، لأن تقرير نوع الإصابة يعتبر مسألة طبية، ومن ثم يستطيع القاضي الاعتماد في تحديدها على رأي الخبير الطبي، فيبني حكمه على ذلك الرأي؛ لأن القاضي يقف عاجزًا عن الفصل في القضية حتى تنجده مشورة الطبيب المختص؛ لأن تحديد نوع الإصابة في حقيقته قضية فنية[1].

---

(١) شرح الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٣٢٣.

ثالثًا: التطبيق في تجريم الأفعال المخلة بالحياء والمعاقبة عليها

جعل القانون اليمني الفعل الفاضح المخل بالحياء من مفسدات الأخلاق، فقد نصَّت المادة رقم (٢٧٣) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م، بشأن الجرائم والعقوبات على اعتبار التعري وكشف العورة المتعمد وكلّ قول وإشارة مخلان بالحياء فعلاً فاضحًا بقولها: "الفعل الفاضح المخل بالحياء هو: كلّ فعل ينافي الآداب العامَّة، أو يخدش الحياء، ومن ذلك: التعري، وكشف العورة المتعمد، والقول والإشارة المخل بالحياء والمنافي للآداب"، ثم حددت المادة رقم (٢٧٤) من نفس القانون عقوبة الفعل الفاضح بقولها: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر أو بالغرامة كلّ من أتى فعلاً فاضحًا علانية، بحيث يراه أو يسمعه الآخرون".

وبتطبيق هذين النصين على قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**"، يمكن القول: إنه لمّا كان التعري وكشف العورة المتعمد وكل قول وإشارة مخلان بالحياء تعتبر جميعها من مفسدات الأخلاق كان لا بد من تحريمها، حتى لا تكون تلك الأفعال سببًا لما هو أكبر من ذلك كالزنى، ولمّا كان من الواجب البعد عن فساد الأخلاق كان لا بد من العقوبة على الإتيان بأي فعل فاضح ينافي الأخلاق، فكانت العقوبة على ذلك أمرًا واجبًا لوجوب البعد عن فساد الأخلاق.

ولمّا كان الفعل الفاضح؛ كالتعري، أو كشف العورة، من مقدمات الزنى، ولمّا كان الزنى حرامًا يجب تركه كان لا بد من ترك أسبابه؛ كمقدمات الوطء من المفاخذة، والقبلة، ووجوب ستر العورة؛ لأنه لا يتم ترك الزنى إلاّ بترك مقدماته[1]؛ لأن الزنى شر ومعصية، و"الشر والمعصية ينبغي حسم مادته وسد ذريعته ودفع ما يفضي إليه"[2]، ودفعًا لما يفضي إليه الزنى فقد ورد التحريم بالخلوة بالأجنبية، لأن

---

(١) شرح الأربعين النووية، للنووي، ٢٦.

(٢) السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ١٥١.

الخلوة بها ذريعة إلى الزنى، فكان في تحريمها سدًا لذريعة الوقوع في المحظور[1]، ولذلك نهى النبي ﷺ عن الخلوة بالأجنبية، فقد صحَّ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما أَنَّهُ سَمِعَ النَّبِيَّ ﷺ يَقُولُ: «لاَ يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ، وَلاَ تُسَافِرَنَّ امْرَأَةٌ إِلاَّ وَمَعَهَا مَحْرَمٌ»[2]، فقوله: «لاَ يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ» فيه منع الخلوة بالأجنبية[3]، قال الشوكاني: "وهو إجماع كما قال في الفتح، وتجوز الخلوة مع وجود المحرم"[4].

وعلى هذا يمكن القول: إن تجريم القانون اليمني للأفعال الفاضحة وتحديد عقوبة لها هو من باب سد الذرائع، الذي يرجع إلى قاعدة **"ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"**، لأن الذريعة هي: "المسألة التي ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل محظور"[5]، فكان سدها من "باب ما لا خلاص من الحرام إلاّ باجتنابه ففعله حرام، من باب ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"[6]، ولذلك قال المقري: "قاعدة: الذريعة: الوسيلة إلى الشيء، وسرها حسم مادة وسائل الفساد دفعًا له"[7]، كما أن قوله ﷺ في الحديث: «...**ألا إن حمى الله في أرضه محارمُه**...»[8]، دليل على سد الذرائع؛ لما في سد الذرائع من دفع الوسائل التي تؤدي إلى المفاسد، والأخذ بالوسائل التي تؤدي إلى المصالح.

---

(١) إجابة السائل، للصنعاني، ٢٠٧.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٠) كتاب الجهاد (١٣٨) باب من اكتتب في جيش فخرجت امرأته حاجّة، وكان له عذر، هل يؤذن له؟، حديث رقم (٢٨٤٤) ١٠٩٤/٣. وتكملة الحديث: فَقَامَ رَجُلٌ فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، اكْتُتِبْتُ فِي غَزْوَةِ كَذَا وَكَذَا، وَخَرَجَتِ امْرَأَتِي حَاجَّةً؟ قَالَ: «اذْهَبْ فَحُجَّ مَعَ امْرَأَتِكَ»، ومسلم في صحيحه (١٥) كتاب الحج (٧٤) باب سفر المرأة مع محرم إلى حج وغيره، حديث رقم (١٣٤٨) ٩٧٨/٢ وكلاهما رواه عن ابن عباس واللفظ لهما.

(٣) نيل الأوطار، للشوكاني، ١٥/٥.

(٤) نيل الأوطار، للشوكاني، ١٥/٥.

(٥) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢٧٩/٢.

(٦) السابق، ٢٨٠/٢.

(٧) القواعد، ٤٧١/٢.

(٨) الحديث سبق تخريجه في ص١٢٦ من هذا البحث.

ومؤدى هذا: أنّ وسيلة المحرم تكون حرامًا، ووسيلة الواجب تكون واجبة[1]، لأن للأحكام مقاصد ووسائل، فمقاصد الأحكام: "هي الأمور المكونة للمصالح والمفاسد في أنفسها، أي التي هي في حد ذاتها مصالح أو مفاسد"[2]، أما وسائل الأحكام فهي: "الطرق المفضية إليها"[3]، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم أو تحليل[4].

والقصد من تقرير سد الذرائع هنا هو توضيح أن دفع المفاسد يكون بدفع وسائلها، وجلب المصالح يكون بالأخذ بوسائلها، فالمفاسد في ذاتها جريمة، ووسائلها بلا شك تكون جريمة إذا تعينت أن تكون وسيلة لجريمة[5]، والذرائع من حيث إفضاؤها إلى المفاسد تنقسم إلى الأقسام التالية: -

القسم الأول: ما يكون أداؤه إلى المفسدة مقطوعًا به: كحفر آبار في طرق الناس مع العلم بوقوعهم فيها، وإلقاء السُّم في الأطعمة والأشربة التي يعلم تناول الناس لها، وهذا بلا شك حرام، والذريعة في هذا القسم يجب سدها لما تفضي إليه من المفاسد[6].

القسم الثاني: ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادرًا: كحفر بئر في موضع لا يؤدي غالبًا إلى وقوع أحد فيه[7].

القسم الثالث: ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيرًا بحيث يغلب على الظن الراجح أن يؤدي إليها: كبيع السلاح في وقت الفتن، وكبيع العنب للخمار، وغير ذلك ممًا يغلب

---

(١) القواعد، للمقري، ١/٢٤٢، ٢/٣٩٣.

(٢) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة) محمد أبو زهرة، ١٧٦.

(٣) السابق، نفس الصفحة.

(٤) القواعد للمقري، ٢/٣٩٣.

(٥) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، محمد أبو زهرة، ١٧٦.

(٦) القواعد، للمقري، ٢/٤٧١، ٤٧٢؛ الموافقات، للشاطبي، ٤٥٣.

(٧) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، محمد أبو زهرة، ١٧٦.

على الظن أنه يؤدي إلى المفسدة على سبيل الظن لا على سبيل القطع، وهذا القسم تكون الوسيلة فيه جريمة دون جريمة القسم الأول؛ لأن الوسيلة في القسم الأول مقطوع بأدائها إلى المفسدة، بينما الوسيلة في هذا القسم مظنون بأدائها إلى المفسدة، وحكم الوسيلة في هذا القسم الأخير حكم ما أفضت إليه، غير أنها أخفض رتبة في التحريم من الأولى[1].

وهكذا فإن كل ما يؤدي إلى الجريمة جريمة، وما يؤدي إلى الفساد فساد، ومثله في المقابل كل ما يؤدي إلى المصلحة مصلحة، وكل ما يؤدي إلى الواجب واجب.

القسم الرابع: ما يكون أداؤه إلى المفسدة غير ظاهر: كما إذا أحب الإنسان أن يشتري بطعامه أفضل منه، فيتحيل ببيع متاعه ليتوصل بالثمن إلى مقصوده، وهذا القسم لا تكون فيه الوسيلة مفسدة، بل كسائر التجارات، فتعتبر ذريعة لا تسد[2].

ولمّا كانت الوسيلة المؤدية إلى مصلحة تعتبر مصلحة فإنّ جانب المصلحة يترجح على جانب الضرر؛ ولذلك أجاز الفقهاء دفع المال فداء لأسرى المسلمين؛ لأن دفع المال لمن يحارب المسلمين وإن كان فيه مصلحة للمحاربين لما في المال من تقوية لهم إلا أنه جاز دفع المال لهم؛ لأنه يتحقق من ورائه دفع ضرر أكبر هو رق المسلمين، وفيه نفع مؤكد بإطلاق سراحهم وجعلهم قوة للمسلمين؛ ولذلك لا تعتبر الوسيلة في هذا محرمة[3].

رابعًا: التطبيق في جريمة الرِّدَّة

الرِّدَّة من الجرائم الماسة بالدين، وقد أوجب القانون اليمني العقوبة عليها

(١) القواعد، للمقري، ٣٩٣/٢؛ الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، محمد أبو زهرة، ١٧٦.

(٢) الموافقات، للشاطبي، ٤٥٣.

(٣) القواعد، للمقري، ٣٩٤/٢.

في المادة رقم (٢٥٩) من قانون الجرائم والعقوبات بقولها: "كل من ارتد عن دين الإسلام يعاقب بالإعدام بعد الاستتابة ثلاثًا وإمهاله ثلاثين يومًا، ويعتبر ردة: الجهر بأقوال أو أفعال تتنافى مع قواعد الإسلام وأركانه عن عمد أو إصرار، فإذا لم يثبت العمد أو الإصرار وأبدى الجاني التوبة فلا عقاب".

وبتطبيق هذا النصّ على قاعدة: **"ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"**، يمكن القول: إن الرِّدَّة مفسدة فكان لا بد لها من زاجر وهو العقوبة على ذلك؛ لأن الزواجر شرعت لدرء المفاسد[1]، وفي عقوبة المرتد بالقتل زجرًا له عن الإصرار على مفسدة الرِّدَّة، ذلك أن المحافظة على الدين واجب وهذا الواجب لا يتم إلاّ بواجب آخر هو زجر المساس به، ومن المساس به: الرِّدَّة، لذلك كان لا بد من وجوب وسيلة لمنع هذا المساس، وهذه الوسيلة هي عقاب المرتد بالقتل، ومثله: القصاص في النفوس، والأطراف، وعقوبات الحدود؛ كالزنى، والسرقة، والخمر، والقذف، والتعزيرات المفوضة إلى الأئمة والحكام في كل مفسدة ليس فيها حد مقدر، فذلك كله راجع إلى وجوب المحافظة على الضروريات: وهي مصلحة النفوس، والدين، والعقول، والأموال، والأنساب، والأعراض، والنسل، فعقوبات الحدود والقصاص والتعازير – وإن كان فيها زجرٌ عن مفسدة ماضية في حق الجاني لئلا يعود – إلا أنها وسائل لزجر غيره لئلا يفعل مثل فعله، إضافة إلى أنها وسائل للحفاظ على الضروريات[2].

خامسًا: التطبيق في جريمة القذف

ذكرت المادة رقم (٢٩٠) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني أن حد القذف يسقط "بالملاعنة بين الزوجين..."، وإسقاط حد القذف بالملاعنة بين الزوجين راجعٌ إلى أنه قد يحدث أن تزني المرأة وتحمل من ذلك الزنى، ثم تلد ولدًا تنسبه لزوجها زورًا وبهتانًا، إلاّ أن دفع الزوج العار عن نفسه وعن نسبة ولد الزنى إليه لا

---

(١) القواعد، للحصني، ٣/٤١٨.

(٢) السابق، ٣/٤١٨- ٤١٩.

يتم إلاّ بقذف زوجته بالزنى[1]؛ ولذلك أسقط القانون اليمني عقوبة حد القــذف عــن الزوج مراعاة لحاله، وعلّة وجوب قذف الزوج لزوجته في هذه الحالة تتمثل فــي أن المقصود الأصلي من اللعان هو نفي الزوج نسب ولده إليه ودفع العار عــن نفـسه؛ ولأن الزوج إن لم يقم بنفي ولد الزنى عنه فإن ولد الزنى يلْحق الزوج بنسبه، ويرثه ويرث أقاربه ويرثون منه؛ ولأن عدم نفي الزوج لنسب ولد الزنى إليه يــؤدي إلــى نظر ولد الزنى إلى بنات الزوج وأخواته وكافة محارمه[2]، ولذلك كله فإن نفيه لا يتم إلاّ بقذف الرجل زوجته بالزنى، ولأنه لا يمكن إقامة البيّنة على زناها في الغالب، و هي لا تقرّ به، وقول الزوج عليها غير مقبول، فلم يبــق ســوى تحالفهمــا بــأغلظ الأيمان[3]، لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٩ ﴾[4].

---

(١) نهاية المحتاج، للرملي، ومتنه المنهاج، للنووي، وبهامشه: حاشية الشبراملسي، وحاشية المغربي الرشيدي، ١٢٣/٧؛ السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ١٦٥؛ إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٨٣/١.

(٢) نهاية المحتاج، للرملي، ومتنه المنهاج، للنووي، وبهامشه: حاشية الشبراملسي، وحاشية المغربي الرشيدي، ١٢٣/٧؛ السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ١٦٥؛ إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٨٣/١.

(٣) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٨٣/١.

(٤) الأيات رقم (٦) و(٧) و(٨) و (٩): سورة النور.

المبحث الثامن

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قاعدة حكم وسيلة الواجب في قانون الجرائم والعقوبات

إن تطبيق قاعدة وجوب وسيلة الواجب تفيد القاضي في قضايا الجرائم العقوبات من عدة أوجه ومنها ما يلي: -

أولاً: أن هذه القاعدة تفيد في القضاء بالعقوبات المالية بحسب المال المتداول غالبًا.

وهذا واضح من خلال ما سبق ذكره من وجوب تحديد الديات والأروش بالعملة المتداولة؛ لما في ذلك من الإيضاح للقاضي بطبيعة المال الذي يجب القضاء به، وبمقداره، حتى لا يزيد عليه ولا ينقص عنه في العقوبات، ولأن تحديد العقوبات المالية بالعملة المتداولة هو الممكن، وفي هذا يقول ابن القيم: "إن جميع المتلفات تضمن بالجنس بحسب الإمكان مع مراعاة القيمة"[1].

ثانيًا: أن هذه القاعدة تفيد في التكييف الصحيح لنوع الجرائم من أجل سلامة الأحكام القضائية

وهذا واضح من خلال ما سبق ذكره من أن الإصابات الجسمانية تختلف نوعًا ومقدارًا، ومعرفة أنواعها ومقاديرها من الأمور التي تتطلب خبيرًا، والغالب أن الخبراء في هذا المجال هم الأطباء المتخصصون لذلك يجب الرجوع إليهم في تكييف نوع الإصابات، فيكون هذا التكييف مفيدًا للقاضي بالعقوبة المناسبة؛ لأن الإصابات الجسمانية كثيرة وهي التي تسمى: "الشجاج"[2] كالخارصة التي تخرص الجلد فتشقه

---

(١) إعلام الموقعين، ٢/٢٠.

(٢) المختار، لابن مودود، ٥/٤١.

أو تخدشه، وكالدامعة التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين، وكالدامية التي تخرج الدم وتسيله[1]، وغير ذلك، فتحديد نوع الشجاج يرجع في تكييفه إلى الأطباء، كما أن معرفة الإصابات في الأعضاء؛ من حيث مقاديرها، وأثرها في تفويت منفعة الأعضاء، يرجع فيه إلى الأطباء أيضًا، فهم الذين يحددون تكييف الإصابات، فيفيد القاضي من ذلك في تحديد العقوبة.

ثالثًا: أن هذه القاعدة تفيد في الفهم الصحيح لنصوص التجريم والعقاب

لمّا كانت العقوبة أذى على الإنسان فإنه يجب على القاضي أن يفهم القانون فهمًا صحيحًا ليكون تجريمه وعقابه في الواقعة المنظورة أمامه صحيحًا، وبذلك يكون تطبيقه للقانون تطبيقًا سليمًا؛ فعدم فهم نصوص التجريم والعقاب قد يؤدي إلى معاقبة بريء أو تبرئة مجرم، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن من المعلوم أن الجرائم لها عقوبات، إلا أن القانون قد لا يجعل للعقوبات محلاً مع ارتكاب الجرائم في بعض الأحوال؛ كالضرورات، فمعرفة الضرورات تستوجب تحري القاضي عن توافرها، ولذلك يجب عليه الاستعانة بكل الوسائل الممكنة لمعرفة تحقق هذه الحالة، وبهذا يكون القاضي قد أدرك وفهم النُصوص وأحسن تطبيقها.

رابعًا: أن هذه القاعدة تفيد في التدرج في القضاء بوسائل الردع

ومعنى ذلك: أن على القاضي – وهو بصدد تطبيق القانون – أن لا يختار أعلى العقوبات في الواقعة المنظورة أمامه إذا كانت العقوبة الأدنى تحقق الزجر، فمثلاً: نجد القانون اليمني قد ذكر الرِّدَّة وعقوبتها في المادة رقم (٢٥٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، التي نصَّت على ذلك بقولها: "كل من ارتد عن دين الإسلام يعاقب بالإعدام بعد الاستتابة ثلاثًا وإمهاله ثلاثين يومًا، ويعتبر ردة الجهر بأقوال أو أفعال تتنافى مع قواعد الإسلام وأركانه عن عمد أو إصرار، فإذا لم يثبت

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ٥/٤١.

العمدَ أو الإصرار وأبدى الجاني التوبة فلا عقاب"، فهذا النّصّ قرر عقوبة القتل للمرتد عن الإسلام، ولكن الفهم الدقيق لهذا النّصّ يقتضي أن القتل ليس هو الوسيلة الوحيدة الواجبة لردع المرتد، إذ يجب على القاضي التدرج في اتّخاذ الوسائل الواجبة لردع المرتد، فعليه أن يمنح المرتد فرصة للاستتابة، ويجب عليه أن يقرر عرضه على عالم أو أكثر لإقناعه بالرجوع إلى دين الإسلام وتصحيح بعض الشبهات والأفكار التي تكون قد شوشت عليه دين الإسلام وأدت إلى ردته، وعلى القاضي أن يمهل المرتد ثلاثين يومًا لعلّهُ يرجع عن ردته ويتوب، فإن لم تُجْد هذه الوسائل وثبتت عمدية الرِّدّة والإصرار عليها من المرتد دون توبة من هذا الجرم، فإن على القاضي الحكم بقتله، وقد أشار ابن تيمية إلى هذا بقوله: "إن العقوبة نوعان؛ أحدهما: على ذنب ماضٍ جزاء بما كسب نكالاً من الله؛ كجلد الشارب، والقاذف، وقطع المحارب، والسارق. والثاني: العقوبة لتأدية حق واجب وترك محرم في المستقبل، كما يستتاب المرتد حتى يسلم، فإن تاب وإلا فقتل"[1].

خامسًا: أن هذه القاعدة تفيد في وجوب تحديد القاضي لوسيلة العقوبة تحديدًا دقيقًا وفقًا للقانون

وتوضيح ذلك: أن القانون حينما أوجب العقوبات فإنه قد أوجب على القاضي تحديد وسائلها تحديدًا دقيقًا تنتفي معه الجهالة، فعلى سبيل المثال: نجد أن القانونَ قد جعل القتل عقوبة للزاني المحصن، ولكنه لم يترك للقاضي حرية الاختيار في تحديد وسيلة تلك العقوبة، حيث حَدّد القانون بنفسه تلك الوسيلة وجعلها الرجم حتى الموت، وهذا ما نصَّت عليه المادة رقم (٢٦٣) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني بقولها: "... إذا كان الزاني أو الزانية محصنًا يعاقب بالرجم حتى الموت"، ومعنى هذا: أنه يجب على القاضي عند إصدار الأحكام القضائية تحديد وسيلة العقوبة لإزالة كل شبهة في اتّخاذ وسيلة مغايرة عند التنفيذ.

---

(١) السياسة الشرعيّة، ١٢٤.

ولا ريب في أن من المقاصد الحسنة التي تدخل قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" في تحقيقها: تهذيب الإنسان وإصلاحه؛ ولذلك فإن للوالد أن يؤدب ولده لعلّة تقتضي هذا التأديب وهي التهذيب والإصلاح الذي لا تستقيم الحياة إلا به، ومعلوم أن الأب قد لا يستطيع القيام بواجب التأديب إلا بالضرب ونحوه، فيكون واجبًا بما يكفي للتأديب عملاً بهذه القاعدة.

سادسًا: أن هذه القاعدة تفيد في التزام أهل كل مهنة بقواعدها

إن قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" تفيد في التزام أهل كل مهنة بأصولها وقواعدها، ومن ذلك على سبيل المثال: مهنة الطب، فوجود الأطباء – وإن كان واجبًا لتحقيق غاية شفاء الأمراض أو تخفيف حدتها؛ لما في ذلك من الحفاظ على مجتمع خالٍ من الأمراض أو قليل الأمراض – إلاّ أنه لا بد أن يلتزم العاملون بهذه المهنة بمراعاة تلك الأصول والقواعد؛ كاتباع قواعد الحيطة والحذر، واستخدام الأساليب العلميّة المتعارف عليها[1].

وهكذا فإن قاعدة حكم وسيلة الواجب من القواعد المرنة المفيدة في تطبيق القانون تطبيقًا سليمًا؛ لأننا إذا أنعمنا النظر في قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" لوجدنا أنه لا يمكن الاستغناء عن الإفادة منها في تطبيق القانون، فالقانون لا يخرج في مجمل مواده عن أن يكون أمرًا بشيء أو كفًا عن شيء، وتطبيق الأمر القانوني أو الكف عنه يحتاج لا محالة إلى وسيلة، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية فإن القاضي وهو بصدد تطبيق القانون يستخدم كل الوسائل إلى تطبيقه تطبيقًا سليمًا، كما أن المحامين والخصوم يتوسلون بكل الوسائل لعرض خصوماتهم ومرافعاتهم أمام القضاء، فيتوسلون بالدعاوى والردود وحضور

---

(١) شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١/١٧٧.

المحاكمات أو التوكيل عند عدم الحضور وإحضار البيّنات، وإجمالا فإن القاعدة لا يستغنى عنها في تحقيق العدالة.

ومن جهة ثالثة فإن الحياة في تطور ملحوظ وسريع، وتتنوع الوسائل والطرق التي يتوصل بها إلى إثبات بعض ما يخفى أمام القضاء، وذلك تبعا لتنوع الحياة وتطورها، فهذه القاعدة تفيد في تطبيقها في كل عصر ومصر، فتحقيق الواجب لا يتم إلاّ بوسيلة من الوسائل توصل إليه، وهذه الوسائل تختلف من عصر إلى آخر، وقاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" لم تحدد وسيلة بعينها لتحقيق الأمر المطلوب فعله أو المطلوب الكف عنه، ولذلك فإنها قاعدة مرنة قابلة للتطبيق؛ لأن تحقيق العدالة هو الغرض من نصب القضاة، وللقاضي أن يتوسل بكافة الوسائل لتحقيق هذا الغرض، وهناك آيات كثيرة تحث على العدل وتحض عليه؛ كقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ ﴾ [1]، وقوله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ ۗ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾ ﴾[2].

ولاشك في أن إقامة العقوبات على الجناة وضمان الأموال عند موجبها يعتبر من العدل؛ لأن الضمان من باب العدل الواجب في حقوق الآدميين، وهو يجب في العمد والخطأ[3]، كما أن من العدل: إدانة المجرم وتبرئة البريء بحيث لا يظلم، ولذلك لا بد من اتباع كافة الوسائل المشروعة الموصلة إلى العدل وكشف الجريمة؛ ومن تلك الوسائل التي تكون واجبة لتحقيق واجب العدل: (التشريح الجنائي) الذي يساعد في كشف الجريمة ومعرفة ملابساتها لمعرفة الجاني من البريء.

وبعد هذا العرض لقاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب**" وما يتعلق بها من قواعد يتبين لنا بجلاء الحاجة الماسة إلى إعمالها وفهمها.

---

(١) من الآية ٩٠ من سورة النحل.

(٢) الآية ٥٨ من سورة النساء.

(٣) الحلال والحرام وبعض قواعدهما في المعاملات المالية، لابن تيمية، ٢٩.

الباب الثاني

قواعد أصولية في طرق دلالات الألفاظ على الأحكام والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن

ويشتمل على: –

تمهيـــــد: معنى القواعد الأصولية اللغوية بصفة عامة ومعنى قواعد الدلالات بصفة خاصة وأنواعها

الفصل الأول: قواعد دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في الشريعة الإسلامية.

الفصل الثاني: قواعد دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في القانون اليمني، مقارنة بالشريعة الإسلامية.

الفصل الثالث: أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد دلالات الألفاظ على معانيها بمنطوقها ومفهومها في الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني.

التمهيد

معنى القواعد الأصولية اللغوية بصفة عامة

ومعنى قواعد الدلالات بصفة خاصة وأنواعها

١ – معنى القواعد الأصولية اللغوية

القواعد الأصولية اللغوية هي: القواعد التي "عني علماء أصول الفقه الإسلامي باستقراء الأساليب العربية، وعباراتها، ومفرداتها، واستمدوا من هذا الاستقراء ومما قرره علماء هذه اللغة قواعد وضوابط يتوصل بمراعاتها إلى فهم الأحكام من النُصوص الشرعيّة فهمًا صحيحًا"[١]، ولهذا فإنّ فهم الأحكام من النُصوص الشرعيّة فهمًا صحيحًا وفق القواعد اللغوية له أهميته البالغة؛ باعتبار أن نصوص القرآن والسنة صادرة باللغة العربية، وفهم الأحكام من تلك النُصوص فهمًا صحيحًا لا يكون إلا بمراعاة مقتضى الأساليب في اللغة العربية وطرق الدّلالة فيها، ومن هنا فإن علماء الأصول لم يتناولوا هذه القواعد لذاتها، بل لأنها تعينهم على فهم النُصوص الشرعيّة واستثمار الأحكام من تلك النُصوص؛ لما في القواعد اللغوية من الدقة التي تُظهر دلالة النُصوص على المعاني، وإزالة خفاء تلك النُصوص وتفسيرها؛ ولذلك فإن القواعد اللغوية توصف بأنها: "قواعد لفهم العبارات"[٢]، ولذلك فإن غاية علماء الأصول من تناول القواعد اللغوية هي التوصل إلى فهم الأحكام الشرعيّة من النُصوص واستنباطها استنباطا سليمًا، ومن تلك القواعد اللغوية التي استثمرها علماء الأصول في كيفية اقتباس الأحكام من النُصوص: قواعد طرق دلالة الألفاظ على معانيها.

---

(١) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٤٠.

(٢) السابق، ١٤١.

٢ – معنى قواعد دلالة الألفاظ على معانيها

الدّلالة اصطلاحًا هي: "كون الشيء يلزم من فهمه فهم شيء آخر"[١]، ودلالة اللفظ هي: "كون اللفظ بحيث إذا أُطلق دلّ"[٢]؛ أي دل على معناه، بحيث يكون الكلام مفهومًا لدى السامع[٣]، وعلى ذلك فإن قواعد دلالة الألفاظ على معانيها تقتضي أن للفظ دلالة على معناه.

٣ – أنواع الدلالات

تتنوع دلالات الألفاظ على معانيها إلى الأنواع التالية[٤]: –

النوع الأول: الدّلالة اللفظيّة:

وهي دلالة اللفظ على كمال معناه الموضوع له أو على بعضه[٥]، فدلالة اللفظ على كمال معناه الموضوع له تسمى: دلالة المطابقة، كدلالة لفظ الإنسان على معناه، وكدلالة البيت على المجموع المركب من السقف والجدار والأسس، وسميت بذلك لأن اللفظ طابق معناه، ودلالة اللفظ على جزء معناه تسمى دلالة التضمن، كدلالة لفظ البيت على الجدار فقط؛ لأن البيت يتضمن الجدار ولأن البيت عبارة عن السقف والحيطان، وسميت دلالة التضمن بهذا الاسم لتضمنها جزء معنى اللفظ [٦]، إلا أنّ دلالة المطابقة أعم من دلالة التضمن، لجواز أن يكون مدلول التضمن بسيطًا،

---

(١) الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ١/٢٠٣.

(٢) تنقيح الفصول، للقرافي، ٢٣.

(٣) تنقيح الفصول، وشرحه، للقرافي، ٢٣.

(٤) تنقيح الفصول، للقرافي، ٢٤؛ المستصفى، للغزالي، ١/٣٨؛ منهاج الوصول، للبيضاوي، وشرحه: الإبهاج: لتاج الدين السبكي، ١/٢٠٣، ٢٠٤؛ الإحكام، للآمدي، ١/١٧؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى – في مقدمة البحر الزخار – ١/١٩٨.

(٥) الإحكام، للآمدي، ١/١٧؛ معيار العقول– في مقدمة البحر الزخار، لابن المرتضى، ١/١٩٨.

(٦) المستصفى، للغزالي، ١/٣٨؛ الإحكام، للآمدي، ١/١٧؛ الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ١/٢٠٤؛ تنقيح الفصول، للقرافي، ٢٤.

ودلالة المطابقة دالة على تمام معنى اللفظ[1].

النوع الثاني: الدّلالة غير اللفظيَّة:

وهي دلالة الالتزام، والمراد منها: أن يكون اللفظ خارجًا عن مسماه ولكن له معنى، وذلك المعنى له لازم من خارج، فعند فهم مدلول الكلام من اللفظ نفسه ينتقل الذهن من مدلول اللفظ إلى لازمه، ولو قدر عدم هذا الانتقال الذهني لما كان ذلك اللازم مفهومًا، كدلالة لفظ الأسد على الشجاعة، وسميت دلالة الالتزام بهذا الاسم لأن دلالة اللفظ على معناه كالرفيق الملازم الذي لا ينفك[2]، ودلالة الالتزام مساوية لدلالة المطابقة ضرورة امتناع خلو مدلول اللفظ المطابق عن لازم، وأعم من دلالة التضمن لجواز أن يكون اللازم لما لا جزء له[3].

ولمّا كان لا بد لتفسير النّصّ الشرعي من كتاب أو سنة – تفسيرًا صحيحًا عند الاستنباط – من الإدراك السليم لدلالات الألفاظ على المعاني المرادة من الكلام، فإن العلماء قد أفادوا من قواعد اللغة واستثمروها في فهم النّصوص الشرعيَّة؛ ولذلك يطلق على قواعد الدلالات: "طرق الاستثمار"[4]، باعتبارها طرق لاستثمار الأحكام، كما يطلق عليها أيضًا: "بيان كيفية دلالة الخطاب على الحكم الشرعي"[5]، و: "كيفية الاستدلال بالألفاظ"[6]، باعتبارها قواعد تبحث في كيفية دلالة الخطاب (اللفظ) على الحكم بمنطوقه أو بمفهومه[7]، وقد أشار الغزالي إلى أهمية قواعد الدلالات في الكشف عن مدلول النّصّ بمنطوقه أو مفهومه بقوله: "طرق الاستثمار: هي وجوه

(١) الإحكام، للآمدي، ١/١٧.

(٢) المستصفى، للغزالي، ١/٣٨؛ الإحكام، للآمدي، ١/١٧؛ الإبهاج شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ١/٢٠٤.

(٣) الإحكام، للآمدي، ١/١٧.

(٤) المستصفى، للغزالي، ١/١٧.

(٥) الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ١/٣٦٥.

(٦) السابق، ١/٣٦١.

(٧) السابق، ١/٣٦٥.

دلالة الأدلّة، وهي أربعة: إذ الأقوال إماّ أن تدل على الشيء بصيغتها ومنظومها، أوْ بفحواها ومفهومها، أو باقتضائها وضرورتها، أو بمعقولها ومعناها المستنبط منها"[1].

ومن هنا كانت طرق دلالة الألفاظ على الأحكام من القواعد الأصولية التي ترسم منهج الاجتهاد في استثمار كافة طاقات النّصّ في الدّلالة على معانيه[2]، كما أن الاستعانة بها يساعد على فهم مراد الشارع ومقصده من النَّصّ من أجل استنباط الحكم الشرعي وفقًا لمقصد الشارع ومراده، ومما لا شك فيه أن لدلالة الألفاظ على الأحكام طرقًا متعددة، فالنص الشرعي أو القانوني ليست دلالته على الحكم قاصرة على ما يفهم من عبارته، بل إن الحكم الذي يدرك من الخطاب تتنوع طرق استخراجه، فقد يدل عليه اللفظ بصريح عبارته، أو باقتضائه، أو بإشارته، أوْ بتنبيهه، أو بمفهومه الموافق، أو المخالف، ولكل واحدة من طرق الدلالات اعتبارها في إعطاء الحكم وإلزام المكلّف بهذا الحكم ليخرج من العهدة، على تفاوت في المراتب، حيث يقتضي تقديم الأقوى من تلك الدلالات على الأضعف عند التقابل، ومن هنا فإنه يجب العمل بما تدل عليه عبارة النص، وما يدل عليه فحواه، لأن عدم العمل بأي من طرق الدلالات يعتبر تعطيلاً للنص.

وقد تباينت أنظار العلماء في قواعد طرق دلالة الألفاظ على الأحكام ممّا وطّأ لتنوع اصطلاحاتهم في هذا المضمار فسلك كل فريق مسلكًا خاصًا له، ونحن ندون هنا اصطلاح كلّ من: الجمهور، والحنفية في طرق دلالة ألفاظ نصوص الكتاب والسنة على الأحكام، حيث نبدأ بقواعد طرق دلالة الألفاظ على الأحكام عند الجمهور، ثم نثني بقواعد طرق دلالة الألفاظ على الأحكام عند الحنفية، والوقوف على معالم الاختلاف بين الفريقين، لتتضح الطاقات الأصولية والفقهية التي بذلها العلماء كمناهج في تفسير النصوص، وما انبنى على ذلك من ثمرات في الفروع والأحكام، وهذا ما سنوضحه في هذا الفصل من خلال المباحث التي يشتمل عليها.

---

(١) المستصفى، ١/١٧.

(٢) المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي، أ.د. محمد فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ط٣، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م، ٢٢١.

الفصل الأول

قواعد دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في الشريعة الإسلامية

ويشتمل على: –

المبحث الأول: قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها عند الجمهور.

المبحث الثاني: قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها عند الحنفية مقارنة بتلك القواعد عند الجمهور.

المبحث الثالث: قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمفهوم الموافقة.

المبحث الرابع: قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمفهوم المخالفة.

قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها عند الجمهور

طرق دلالة الألفاظ على الأحكام عند الجمهور تنقسم إلى: دلالة بالمنطوق، ودلالة بالمفهوم، والدّلالة بالمفهوم قد تكون بمفهوم الموافقة، وقد تكون بمفهوم المخالفة، وهذه الطرق التي تمثل قواعد دلالة الألفاظ ذكرها المالكية(١)، والشافعية(٢)، والحنابلة(٣)، والزيدية(٤)، والإمامية(٥)، والإباضية(٦)، وسنتناول في هذا المبحث

---

(١) تنقيح الفصول، وشرحه، للقرافي، ٥٣، ٥٤؛ مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٢٠؛ إحكام الفصول، للباجي، ٢/٤٣٨، ٤٣٩؛ الحدود في الأصول، للمؤلف نفسه، ٥٠، ٥١؛ الإشارة في أصول الفقه، للمؤلف نفسه، ٢٢٤، ٢٢٥؛ وللمزيد انظر في ذلك ما سيأتي من الدراسة التفصيلية لهذه القواعد.

(٢) المستصفى، للغزالي، ١/١٨، ٢٢٣، ٢٢٨، ٢٢٩و ٢/٧٢- ٧٤؛ المنهاج، للبيضاوي، وشرحه الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ١/٣٨٤، ٣٦٥، ٣٦٧؛ الإحكام، للآمدي، ٢/٤٥، ٤٦؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣٠٩، وللمزيد من مصادر الشافعية في هذا انظر ما سيأتي من تفصيل لتلك القواعد.

(٣) العدة في أصول الفقه، لأبي يعلى الفراء، ٢/٤٥٠، ٤٥٩، ٤٦٠؛ التمهيد في أصول الفقه للكلوذاني، ١/٢١؛ روضة الناظر، لابن قدامة، وبهامشه: نزهة الخاطر العاطر، لعبد القادر بدران، ٢/١٩٨- ٢٠٣، ٢/٢٢٤؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣١٥؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام،٣٥٧ وللمزيد انظر مراجع الحنابلة عند تفصيل تلك القواعد.

(٤) معيار العقول في علم الأصول- في مقدمة البحر الزخار لابن المرتضى، ١/١٩٩-٢٠٠؛ الأزهار، للمهدي لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى، مطبوع مع شرحه المسمى "شرح الأزهار"، لأبي الحسن عبد الله بن مفتاح، من إصدار وزارة العدل - الجمهورية اليمنية، صنعاء، ط١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، ١/١٧٠-١٧٩؛ أصول الفقه المسمى إجابة السائل، لابن الأمير، ٢٣٠-٢٣٧؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٥٣-٥٤.

(٥) أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/١٠٩-١١٠، ١٣٢-١٣٥؛ تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى الموسوي، ١/١٠١.

(٦) العدل والإنصاف، للورجلاني، ٢/٦٧؛ قاموس الشريعة، لجميل بن خميس السعدي، ١/٢٤١؛ غاية المأمول، لمحمد بن شامس البطاشي، ١/٢٥٣، فصول الأصول، لخلفان بن جميل السيابي، ٥٩، وانظر في كل ذلك ما سيأتي من التفصيل لتلك القواعد.

الدّلالة بالمنطوق، وأنواعه، وأمثلته، أما الدلالات بالمفهوم، فإنها لمّا كانت تنقسم إلى مفهوم موافقة ومفهوم مخالفة، فإننا سنخصص لكل من القسمين مبحثًا مستقلاً لعرض كلّ قسم عرضًا مفصلاً، وإليك الآن تعريف الدّلالة بالمنطوق، وأنواعه، وأمثلته.

أولاً: تعريف قاعدة الدّلالة بالمنطوق

الدّلالة بالمنطوق: هي دلالة اللفظ على الحكم بمنطوقه، أي أن الحكم يدل عليه ما ذكر في الكلام. قال الآمدي في تعريف المنطوق: "ما فهم من اللفظ في محل النطق"[1]. وقال الشوكاني في تعريفه: "ما دلّ عليه اللفظ في محل النطق، أي يكون حكمًا للمذكور وحالاً من أحواله"[2]، ومعنى هذا أن دلالة اللفظ على الحكم بمنطوقه مفهوم من الصيغة[3].

ثانيًا: أنواع قواعد الدّلالة بالمنطوق

دلالة المنطوق على الحكم قد تكون بصراحة النطق، وقد لا تكون بصراحته؛ بل بدلالة الاقتضاء، أو الإيماء، أو الإشارة[4]، ولذلك فإن المنطوق يتنوع إلى الأنواع التالية: -

النوع الأول: قاعدة الدّلالة بالمنطوق الصريح:

وهي دلالة المنطوق بصراحة لفظه وصيغته في القصد والدّلالة على المعنى، من جهة المطابقة أو التضمن[5]، ومثال ذلك: قوله تعالى في شأن الوالدين:

---

(١) الإحكام، ٢/٤٦.

(٢) إرشاد الفحول، ٢/٥٣.

(٣) الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ١/٣٦٧.

(٤) المستصفى، للغزالي، ٢/٧٢-٧٤، معيار العقول في علم الأصول- في مقدمة البحر الزخار- لابن المرتضى، ١/١٩٩-٢٠٠.

(٥) معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى، في مقدمة البحر الزخار، ١/١٩٩-٢٠٠؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٥٣، ٥٤.

﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾[1]، فإن منطوق الآية يدل بصراحته على تحريم التأفيف للوالدين[2].

النوع الثاني: قواعد الدّلالة بالمنطوق غير الصريح:

وهي دلالة المنطوق على المعنى بغير صراحته، وذلك من جهة الالتزام، بمعنى: أن دلالة اللفظ على المعنى لا تأتي من صريح صيغة الألفاظ؛ بل تقتبس الدّلالة من فحوى الألفاظ والمعاني المقصودة منها، ومن إشارات تلك الألفاظ[3]؛ ولذلك تسمى دلالة هذا النوع: (دلالة غير المنظوم) تمييزًا له عن النوع الأول، وهو الدّلالة بالمنطوق الصريح، التي تسمى: (دلالة المنظوم)[4].

والمنطوق الذي يدل على المعنى أو الحكم بصراحته يتميز عن المنطوق الذي يدل على المعنى بغير صراحته (بدلالة الاقتضاء، أو الإيماء، أو الإشارة) بأنه مفهوم مقطوع به من دلالة اللفظ نطقًا؛ ولهذا قال الآمدي: "المنطوق وإن كان مفهومًا من اللفظ، غير أنه لمّا كان مفهومًا من دلالة اللفظ نطقًا خُصَّ باسم المنطوق، وبقي ما عداه معروفًا بالمعنى المشترك (يقصد دلالة النطق) تمييزًا بين الأمرين"[5]، ثم بيّن أن المنطوق هو المفهوم المقطوع به من دلالة اللفظ، بقوله عن المنطوق: "قال بعضهم: هو ما فهم من اللفظ لا في محل النطق، وليس بصحيح فإن الأحكام المضمرة في دلالة الاقتضاء مفهومة من اللفظ في محل النطق، ولا يقال لشيء من ذلك منطوق اللفظ، فالواجب أن يقال: المنطوق ما فهم من دلالة اللفظ قطعًا في محل النطق"[6].

---

(١) من الآية ٢٣ من سورة الإسراء.

(٢) الإحكام، للآمدي، ٢/٤٦.

(٣) المستصفى، للغزالي، ٢/٧٢ ـ ٧٤،الإحكام، للآمدي،٢/٤٥، معيار العقول، لابن المرتضى،١/١٩٩،٢٠٠، إرشاد الفحول، للشوكاني،٢/٥٣،٥٤.

(٤) الإحكام، للآمدي، ٢/٤٥.

(٥) الإحكام، ٢/٤٦.

(٦) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

قواعد الدّلالة بالمنطوق غير الصريح

دلالة المنطوق غير الصريح على الأحكام تأتي عن طريق: دلالة الاقتضاء، أو دلالة الإيماء، (التنبيه) أو دلالة الإشارة[1]، ومدلول ألفاظ المنطوق قد يكون مقصودًا للمتكلم وهو عبارة عن دلالة الاقتضاء، ودلالة الإيماء، وقد يكون مدلول ألفاظه غير مقصود للمتكلم، وهو عبارة عن دلالة الإشارة وإليك تعريف كل واحدة من أنواع هذه الدلالات.

١- دلالة الاقتضاء (قاعدة دلالة الاقتضاء):

هي: أن يكون مدلول اللفظ مقصودًا للمتكلم، ويتوقف صدق الكلام على معنًى يقتضيه اللفظ[2]، لأن ضرورة صدق الكلام تقتضي معنًى مقصودًا للمتكلم مفهومًا من اللفظ، ولهذا عرَّف الغزالي الاقتضاء بقوله: "هو الذي لا يدل عليه اللفظ ولا يكون منطوقًا به ولكن يكون من ضرورة اللفظ"[3]، وهذه الضرورة اللفظيَّة قد يكون سببها ضرورة صدق المتكلم بمدلول اللفظ، وقد يكون سببها ضرورة امتناع وجود الملفوظ به شرعًا إلا بمدلول اللفظ، وقد يكون سببها ضرورة امتناع ثبوت اللفظ عقلاً إلا بالمدلول[4]، وهذه الأسباب الثلاثة يجمعها أمر واحد هو توقف صدق الكلام أو صحته العقلية والشرعيَّة على دلالة مضمرة في الكلام[5]؛ ولذلك اقترنت هذه الأسباب بتعريف دلالة الاقتضاء، التي يقصد بها: "ما كان المدلول فيه مضمرًا،

---

(١) المستصفى، للغزالي،٢/٧٢-٧٤؛ الإحكام، للآمدي، ٢/٤٥، إعلام الموقعين، لابن القيم، ١/٢٧٢؛ معيار العقول في علم الأصول- في مقدمة البحر الزخار- لابن المرتضى، ١/١٩٩-٢٠٠؛ أصول الفقه المسمى إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٣٤، ٢٣٦، ٢٣٧؛ إرشاد الفحول، للشوكاني،٢/٥٣، ٥٤.

(٢) الإحكام، للآمدي، ٢/٤٥؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/١٣٢.

(٣) المستصفى، ٢/٧١.

(٤) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٥) أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/١٣٢.

إما لضرورة صدق المتكلم، وإما لصحة وقوع الملفوظ به"[١]، وصحة الملفوظ به إما أن تتوقف صحته عليه عقلاً، أو شرعًا[٢]، وهذا هو معنى قاعدة دلالة الاقتضاء، وسميت بهذا الاسم لأن دلالة اللفظ تتوقف على المعنى على شيء آخر[٣].

أي أن دلالة الاقتضاء تتطلب ضرورة إضمار مدلول اللفظ واقتضائه، وهو ما يعني أن اللفظ يتطلب ذلك المضمر لصدق الكلام أو صحته، وهذا المضمر هو المقصود للمتكلم، لذلك فإن الأجود أن يقال في تعريف دلالة الاقتضاء: إنها "إذا توقف الصدق أو الصحة العقلية أو الشرعيّة عليه، مع كون ذلك مقصودًا للمتكلم"[٤]؛ لأنه لولا وجود الدّلالة المضمرة، لما فهم صدق المتكلم وصحة كلامه، فلفظ المتكلم في حدّ ذاته ليس مستقلاً في الدّلالة على المعنى لولا وجود المضمر،لأن هذا المضمر لازم لفهم قصد المتكلم وصدق كلامه وصحته، وهذا ما يفسر إطلاق بعض الأصوليين على دلالة الاقتضاء: "دلالة الالتزام"[٥]، بمعنى: "دلالة اللفظ التزاما على ما لا يستقل الحكم إلا به"[٦].

ومن أمثلة دلالة الاقتضاء: قوله تعالى: ﴿ فَأَوْحَيْنَآ إِلَىٰ مُوسَىٰٓ أَنِ ٱضْرِب بِّعَصَاكَ ٱلْبَحْرَ ۖ فَٱنفَلَقَ ﴾[٧]، فتقديره: فضرب، فانفلق[٨]، وقوله تعالى: ﴿ فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ ﴾ [٩] إلى

(١) الإحكام، للآمدي، ٢/٤٥، وانظر في مثل هذا التعريف لدلالة الاقتضاء: [القواعد، للحصني، ٣/١٩١].

(٢) المصدران السابقان، نفس الأجزاء، نفس الصفحات.

(٣) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣٠٩.

(٤) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٥٤.

(٥) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣٠٩.

(٦) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣.

(٧) من الآية ٦٣ من سورة الشعراء.

(٨) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣.

(٩) من الآية ١٦ من سورة الشعراء.

قوله تعالى – حكاية عن فرعون –: ﴿ قَالَ أَلَمْ نُرَبِّكَ فِينَا وَلِيدًا ﴾[1]، تقديره: فأتياه[2].

ومن هذا كله يتبين لنا أن المناط في دلالة الاقتضاء هو أن تكون الدّلالة مقصودة، وأن لا يصدق الكلام ولا يصح بدونها؛ ولهذا سميت دلالة الاقتضاء بهذا الاسم لأن المعنى يقتضي هذه الدّلالة لا اللفظ[3]، وهذا أيضًا هو وجه تعريف دلالة الاقتضاء بأنها: دلالة اللفظ على ما يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته، والغاية من دلالة الاقتضاء: هي صون الكلام عن اللغو والكذب الذي تتنزه عنهما الشريعة، ولولا تلك الزيادة المقدرة لما حقق النَّصّ غرضه في إفادة معناه وبناء الأحكام الشرعيَّة عليه؛ إذ إنَّ هذه الزيادة شرط لاستقامة المعنى، حيث يتوقف عليها صحة الكلام وصدقه؛ لأن الحاجة إلى صون الكلام عن الفساد العقلي والشرعي اقتضت ذلك[4]؛ ولذلك فإن حجية دلالة الاقتضاء تعتبر من باب الاحتجاج بالظواهر، لما فيها من إظهار لدلالة اللفظ[5].

أنواع دلالة الاقتضاء:

من خلال تعريف دلالة الاقتضاء يظهر أن دلالة الاقتضاء ثلاثة أنواع – معمول بها عند الجمهور، وعند الحنفية – وهي: –

النوع الأول: أن يكون المدلول مضمرًا لضرورة صدق المتكلم: وذلك كقوله ﷺ: «**إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ...**»[6]، فإن المراد: أن الأعمال لا يثبت حكمها إلاّ بالنيَّة، وهذا المراد اقتضى إضمار نفي ثبوت الأحكام، وقد توقف صدق الكلام على هذا التقدير،

---

(١) من الآية ١٨ من سورة الشعراء.

(٢) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣.

(٣) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٥.

(٤) أصول الفقه، المسمى إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٣٤.

(٥) أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/١٣٥.

(٦) الحديث سبق تخريجه ص١٢٥ من هذا البحث.

أو تقدير: إنما صحة الأعمال أو كمالها[1].

النوع الثاني: أن يكون المدلول مضمرًا لصحة الملفوظ به شرعًا: وذلك كقول القائل لغيره: "أعتق عبدك عني على ألف"، فإنه يستدعي تقدير سابقة انتقال الملك إلى القائل ضرورة توقف العتق الشرعي عليه؛ لأن العتق لا يكون إلاّ في مملوك، وعتقه يستلزم التمليك، فالتمليك وإن لم يكن ملفوظًا لكنه من ضرورة اللفظ ومقتضاه[2]، ولابُدَّ منه لتحقيق صدق الكلام، فكان ذلك مقتضى اللفظ إذ لا يصح العتق إلاّ بعد التملك، وقياسًا على هذا المثال الذي ذكره الأصوليون فإن قول الشخص لمن يملك عقارًا معينًا: تصدق بعقارك هذا عني بألف جنيه على الفقراء يعتبر أمرًا لمالك العقار بالتصدق به على الفقراء نيابة عن الآمر، إلا أن المالك لا يصح شرعًا أن ينوب عن الآمر في التصدق بالمال عنه إلا إذا كان المال مملوكًا لذلك الآمر، فصحة هذا الكلام شرعًا تستلزم أن يقدر شيء من أسباب الملك، والسبب المتصور للملك هنا هو الشراء بقرينة قوله: (بألف) فالشراء في هذا المثال لازم متقدم يتوقف عليه صحة الكلام، وهو أمر غير المالك للمالك بالتصدق على سبيل الوكالة عنه، فيكون ثابتًا بدلالة اللفظ بطريقة الاقتضاء.

النوع الثالث: أن يكون المدلول مضمرًا لصحة الملفوظ به عقلاً: أي أن العقل اقتضى لزوم هذا المدلول[3]؛ كقوله تعالى: ﴿ وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ ﴾ [4]؛ فإنه لابُدَّ من إضمار أهل القرية لصحة الملفوظ به عقلاً، فالسؤال لا يعقل إلاّ لأهل القرية [5]، إذ

---

(١) شرح الأربعين النووية، للنووي، ٧؛ إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ٦٣؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى -في مقدمة كتابه البحر الزخار- ١/١٧٠.

(٢) المستصفى، للغزالي، ١/١٩؛ الإحكام، للآمدي، ٢/٤٥، ٤٧؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى -في مقدمة كتابه البحر الزخار- ١/١٩٩.

(٣) منهاج الوصول إلى علم الأصول، للبيضاوي، وشرحه: الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ١/٣٦٧.

(٤) من الآية ٨٢ من سورة يوسف.

(٥) الإحكام، للآمدي ٢/٤٥.

القرية – وهي الأبنية المجتمعة – لا يصح سؤالها عقلاً، وكقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ ﴾[1]، وقوله تعالى: ﴿أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ ﴾[2]، فإن هذا يتضمن إضمارًا لا بد منه وهو الأكل، أي حُرِّم عليكم أكل الميتة والدم وأحل لكم أكل بهيمة الأنعام، لأن هذا المضمر المقدر ثبت اقتضاؤه لتصور المنطوق به شرعًا، فكان ذلك مقتضى اللفظ[3].

رأي بعض الأصوليين في أسلوب قاعدة دلالة الاقتضاء

نظر بعض الأصوليين[4] إلى دلالة الاقتضاء من جهة البلاغة، فقالوا: إن ما يسمى بدلالة الاقتضاء إنما هو من قبيل الحذف، أو الإضمار، أو المجاز، كما في قوله تعالى: ﴿ وَسْئَلِ الْقَرْيَةَ ﴾ [5]، فإن الأهل محذوف للاختصار، ولا يتحقق السؤال إلا بالتصريح بهذا المحذوف، وهو كلمة:(الأهل) حيث ينصرف السؤال من القرية إلى أهل القرية[6]، ومن أنصار هذا الرأي: السرخسي الذي علّل هذا: بأن "المحذوف غير المقتضى، لأن من عادة أهل اللسان حذف بعض الكلام للاختصار إذا كان فيما بقي منه دليل على المحذوف، ثُمَّ ثبوت هذا المحذوف من هذا الوجه يكون لغة، وثبوت المقتضى يكون شرعًا لا لغة"[7]، أي أن المحذوف هو من قبيل اللغة، وهذا الاستعمال هو من قبيل الاستعمال المجازي، إذ إنَّ المجاز: "ما استعملته العرب في

---

(١) من الآية ٣ من سورة المائدة.

(٢) من الآية ١ من سورة المائدة.

(٣) المستصفى، للغزالي، ٧٢/٢؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى –في مقدمة كتابه: البحر الزخار– ١٧٠/١.

(٤) أصول السرخسي، ٢٦٢/١؛ المستصفى، للغزالي، ٢٣٠/١، ٢٣٢، ٧٢/٢.

(٥) من الآية ٨٢ من سورة يوسف.

(٦) أصول السرخسي، ٢٦٣/١.

(٧) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

غير موضوعه"[1]، ومنه "مجاز النقصان الذي لا يبطل التفهيم، كقوله عزّ وجلّ: ﴿ وَسْئَلِ ٱلْقَرْيَةَ ﴾، والمعنى: واسأل أهل القرية، وهذا النقصان اعتادته العرب، فهو توسع وتجوز"[2]، وهذا من قبيل المحذوف الذي يراد به حصول الفهم به مع كونه محذوفًا[3].

ومن الباحثين من قال بهذا الاتّجاه استنادا إلى أنه ما دام أن القصد والمراد من اللفظ ملحوظ باستعمال المجاز فإنه لا داعي لتطبيق قاعدة دلالة الاقتضاء، ويمكن اعتباره نوعًا من المحذوف[4].

وهذا الرأي لا يغير من بقاء الاستدلال بقاعدة دلالة الاقتضاء؛ لأن المهم في هذه القاعدة أن يكون المدلول مضمرًا لاقتضاء صحة الكلام وصدقه.

٢ – دلالة الإيماء (قاعدة دلالة الإيماء، أو التنبيه):

تعتبر دلالة الإيماء أو التنبيه دلالة التزامية مقصودة للمتكلم، فيفهم ذلك المعنى المقصود من تعليل الكلام وسياقه، وإن لم يرد التصريح به[5]، وقد وصف

---

(١) المستصفى، للغزالي، ١/٢٣٠.

(٢) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٣) المستصفى، للغزالي ، ١/٢٣٢.

(٤) دليل الخطاب (مفهوم المخالفة) وأثر الاختلاف فيه في الفقه والقانون، إعداد وترتيب: د. عبد السلام أحمد راجح، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت- لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٠م، ٣٦.

(٥) الإحكام، للآمدي، ٢/٤٥؛ الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣/٤٩؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى -في مقدمة كتابه البحر الزخار- ١/١٩٩؛ أصول الفقه المسمى إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٣٦؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٥٤؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/١٣٢؛ العدل والإنصاف، للورجلاني، ٢/٦٧، قاموس الشريعة، لجميل بن خميس السعدي، ١/٢٤٢.

الغزالي هذه الدّلالة بأنها: "فهم التعليل من إضافة الحكم إلى الوصف المناسب"[1]، باعتبار أن هذا الفهم يؤخذ من مفهوم اللفظ المنطوق به، وهذا المفهوم مقصودًا للمتكلم من مدلول اللفظ[2]، وقال الشوكاني في تعريف دلالة الإيماء: "أن يقترن اللفظ بحكم، لو لم يكن للتعليل لكان بعيدًا"[3]، أي أن اللفظ إذا لم يقترن بما ينبه إلى علّة لكان اقتران الحكم به بعيدًا عن مقاصد الكلام؛ ولذلك فإن التعليل بالإيماء قد يفهم من مجمل الخطاب وإن لم يظهر التعليل في اللفظ، فسياق الكلام يدل على المراد بالعلية الالتزامية للكلام[4].

ومن أمثلة دلالة الإيماء: قول الله تعالى: ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [5]، والمعنى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة لأجل زناهما، فالأمر بالجلد مقترن بالوصف الذي هو الزنى، فلو لم يكن هذا الوصف علة في الحكم الذي هو الجلد لما كان لهذا الاقتران معنى[6].

ومثال هذه الدّلالة أيضًا: قوله تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٣٨﴾ ﴾ [7]، والمعنى: فاقطعوا يد السارق ويد السارقة لأجل السرقة، فالأمر بالسرقة مقترن بالوصف الذي هو السرقة، فلو لم يكن هذا الوصف علة في الحكم الذي هو القطع لما كان لهذا الاقتران معنى[8].

---

(١) المستصفى، ٢/٧٤.

(٢) المستصفى، للغزالي ٢/٧٤؛ الإحكام، للآمدي، ٢/٤٥.

(٣) إرشاد الفحول، ٢/٥٤.

(٤) الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣/٤٩؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/٣٢؛ العدل والإنصاف، للورجلاني، ٢/٦٧.

(٥) من الآية ٢ من سورة النور.

(٦) قاموس الشريعة، لجميل بن خميس السعدي، ١/٢٤٢.

(٧) الآية ٣٨ من سورة المائدة.

(٨) قاموس الشريعة، لجميل بن خميس السعدي، ١/٢٤٢.

. ويفهم من هذين المثالين أن دخول الفاء على الحكم في كلام الشارع هو من دلالة الإيماء؛ لأن اقتران الحكم بوصف يومئ إلى أن الوصف هو علة الحكم، ويكون ترتيب الحكم على الوصف بالفاء[1]، وذلك كدخول الفاء في قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلْأَبْرَارَ لَفِى نَعِيمٍ ﴿١٣﴾ وَإِنَّ ٱلْفُجَّارَ لَفِى جَحِيمٍ ﴿١٤﴾﴾[2]، فإنه يفهم من منطوق الآية: أن الأبرار في نعيم وأن الفجار في جحيم، كما يفهم أن كون البر والفجور علة لذلك، ولكن هذه العلة غير منطوق بها، إلاّ أنها تسبق إلى الفهم من فحوى الكلام، فالأبرار في نعيم لبرهم والفجار في جحيم لفجورهم[3]، ولهذا يسمَّى هذا الفهم: بدلالة الإيماء.

ومما يندرج تحت دلالة التنبيه: الدّلالة من حيث معقول اللفظ "أي من حيث معناه المعقول"[4]، ومثال ذلك: ما روي عن أبي بكْرة، أنه سمع النبيَّ ﷺ يقول: «لاَ يَقْضِيَنَّ حَكَمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ»[5]، فإنه يدل على النهي عن القضاء حال الجوع وحال المرض وحال حقن البول والأذى، وهذه الدّلالة مفهومة بمعقول المعنى[6]؛ لأن علّة النهي عن القضاء في حال الغضب: هي اضطراب الذهن واشتغال الفكر وهيجان الخاطر[7]، وهذه المعاني معقولة المعنى في النهي عن القضاء حال الجوع والمرض والحقن كما في حال الغضب.

---

(١) منهاج الوصول إلى علم الأصول، للبيضاوي، وشرحه الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ٣/٤٩.

(٢) الآيتان ١٣، ١٤ من سورة الانفطار.

(٣) المستصفى، للغزالي، ٢/٧٤.

(٤) المستصفى، للغزالي ، ١/١٩.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه واللفظ له (٩٧) كتاب الأحكام، (١٣) باب هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان حديث رقم (٦٧٣٩) ٦/٢٦١٦ ومسلم في صحيحه بلفظ: «لاَ يَحْكُمْ أَحَدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ» عن أبي بكرة أيضا عن رسول الله ﷺ (٣٠) كتاب الأقضية(٧) باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان، حديث رقم (١٧١٧) ٣/١٣٤٣.

(٦) المستصفى، للغزالي، ١/١٩.

(٧) دليل الخطاب وأثر الاختلاف فيه في الفقه والقانون، د. عبد السلام أحمد راجح، ٤٣.

٣ – دلالة الإشارة (قاعدة دلالة الإشارة)

وهي دلالة اللفظ على معنى يفهم من اللفظ غير مقصود للمتكلم، وهذه الدّلالة سماها الغزالي: "ما يؤخذ من إشارة اللفظ لا من اللفظ"(١)، أي أن الدّلالة على المعنى غير مقصودة من اللفظ في ذاتها، وعرّفها بأنها: "ما يتبع اللفظ مِّن غير تجريد قصد إليه"(٢)، أي أنه قد يفهم من إشارات اللفظ ما لا يدل عليه نفس اللفظ ولم يقصده المتكلم(٣)،غير أنه لمّا كانت دلالة الإشارة تعتبر دلالة لم يقصدها المتكلم فإن الشوكاني قد قال: "دلالة الإشارة حيث لا يكون مقصودًا للمتكلم"(٤)، وستأتي أمثلة إشارة النّصّ عند ذكر قواعد دلالات الألفاظ عند الحنفية، فنحيل إليها خشية التكرار.

ويتلخص من هذا كله أن المنطوق أربعة أقسام: دلالة المنطوق الصريح، ودلالة الاقتضاء، ودلالة التنبيه، ودلالة الإشارة، وهذه الدلالات الثلاث الأخيرة هي من المنطوق غير الصّريح.

---

(١) المستصفى،٢/٧٣.

(٢) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٣) معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى –في مقدمة كتاب البحر الزخار– ١/١٩٩؛ أصول الفقه المسمى إجابة السائل، لابن الأمير الصّنعاني، ٢٣٦؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/١٣٥.

(٤)إرشاد الفحول، ٢/٥٤.

المبحث الثاني

قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها عند الحنفية مقارنة بتلك القواعد عند الجمهور

يرى المتتبع لما يذكره علماء الأصول من الحنفية أنهم يقسمون طرق دلالة الألفاظ على الأحكام إلى أربعة أقسام، هي: دلالة العبارة، ودلالة الإشارة، ودلالة النص، ودلالة الاقتضاء، ويعتبرون أخذ الحكم من مفهوم المخالفة من التمسكات الفاسدة، وهذا سيرد بتمامه في موضعه في هذا المبحث، ووجه الضبط في هذه الطرق الأربعة: أن دلالة النصّ على الحكم إما أن تكون ثابتة بنفس اللفظ، أو لا تكون كذلك، والدّلالة التي تثبت بنفس اللفظ إن كانت مقصودة منه فهي عبارة النص، وإن كانت غير مقصودة منه فهي إشارة النص، أما الدّلالة التي لا تثبت بنفس اللفظ فإن كانت مفهومة من اللفظ لغة فهي دلالة النص، وإن كانت مفهومة من اللفظ شرعًا فهي دلالة الاقتضاء، ولكن الأحكام الثابتة بأي طريق من هذه الطرق الأربعة للدلالة تكون ثابتة بظاهر النصّ دون القياس والرأي؛ ولذلك فقد اتجه الحنفية[1] إلى تقسيم دلالة الألفاظ على الأحكام إلى أربعة أقسام، هي: عبارة النص، وإشارة النص، ودلالة

---

(١) أصول الشاشي، لنظام الدين أبي علي أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي، ٦٥ -وبهامشه: عمدة الحواشي شرح أصول الشاشي، للمولى محمد فيض الحسن الكنكوهي، ضبطه وصححه: عبد الله محمد الخليلي، منشورات: محمد علي بيضون لنشر كتب السنة والجماعة، دار الكتب العلميّة، بيروت -لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ -٢٠٠٣م؛ أصول السرخسي، ٢٤٩/١؛ المنار في أصول الفقه، للنسفي، وشرحه: كشف الأسرار، للمؤلف نفسه، ٣٧٤/١؛ التنقيح في أصول الفقه، لصدر الشريعة، وشرحه: التوضيح في حل غوامض التنقيح، للمؤلف نفسه، ٢٤٢/١، التلويح شرح التوضيح، للتفتازاني، ٢٤٢/١؛ التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام مع تيسير التحرير، لأمير بادشاه -طبعة دار الفكر- ٨٦/١؛ شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون -بهامش كشف الأسرار -٣٧٤/١.

النص، واقتضاء النص، ويطلقون على هذه الأقسام: "متعلقات النصوص"[1]، و "الأحكام الثابتة بظاهر النصّ دون القياس والرأي"[2]، ويريدون بالنص هنا: اللفظ الذي يفهم منه المعنى[3]، ووجه هاتين التسميتين ظاهر: وهو أن الأحكام بالنظر إلى ظاهر النصّ تثبت بعبارته، أو بإشارته، أو بدلالته، أو بمقتضاه، وهذا يعني أنهم بحثوا في النصّ لمعرفة دلالته على الحكم بلفظ النصّ ذاته، أو من لغته ومفهومه، ومن هنا فإن وجه الضبط في تقسيم الحنفية لكيفية دلالة النظم إلى الحكم إلى هذه الطرق الأربع – دلالة العبارة، ودلالة الإشارة، ودلالة النص، ودلالة الاقتضاء – هو النظر إلى ثبوت دلالة النصّ باللفظ ذاته على الحكم، أو عدم ثبوت دلالته على الحكم بذات اللفظ، وبناء على هذا فإن الحكم المستفاد من النظم قسمان:-

القسم الأول: أن يكون الحكم مستفادًا بنفس النظم:

أي أن الدّلالة على الحكم ثابتة باللفظ نفسه، وهذا القسم ينقسم إلى نوعين:-

النوع الأول: أن يكون النظم مسوقًا للمعنى ومقصودًا له، وهذا هو الثابت بعبارة النص.

النوع الثاني: أن لا يكون النظم مسوقًا للمعنى ولا مقصودًا له، وهذا هو الثابت بإشارة النص.

والقسم الثاني: أن يكون الحكم مفهومًا من النظم:

وهو نوعان: –

النوع الأول: أن يكون الحكم مفهومًا من معنى النظم لغة، وهذا هو دلالة النصّ.

---

(١) أصول الشاشي، ٦٠.

(٢) أصول السرخسي، ٢٤٩/١.

(٣) مذكرة في أصول الفقه لطلبة السنة النهائية بكلية الحقوق- جامعة عين شمس، لزكي الدين شعبان، طبع سنة ١٣٧٤هـ – ١٩٩٥م، جامعة عين شمس – كلية الحقوق، مطبعة دار التأليف، ٢٧٩.

النوع الثاني: أن يكون الحكم مفهومًا من النظم شرعًا أو عقلاً، وهذا هو دلالة الاقتضاء.

وأما ما كان خارجًا عن هذه التقسيمات بأن لا يكون مستفادًا بنفس النظم ولا بمفهومه فإنه يسمى عندهم: "التمسكات الفاسدة"[1]، وذلك مثل مفهوم المخالفة، وحيث كان الغالب في كتب الحنفية استخدام المعاني الاصطلاحية الأربعة - الدّال بالعبارة، والدّال بالإشارة، والدّال بالدّلالة، والدّال بالاقتضاء - فإننا سنتبع هذا الاستخدام للمعاني الاصطلاحية لكل واحد من أقسام الدلالات، وأمثلته، وحكمه، وإليك تعريف كل واحدة من هذه الدلالات، مع التمثيل.

١ - قاعدة دلالة عبارة النّص

دلالة عبارة النّصّ تعني: دلالة النّصّ (اللفظ) على المعنى الذي سيق النّصّ لأجله، مع كون السياق مقصودًا أصليًا ويعلم قبل التأمل أن ظاهر النّصّ متناول له[2]، وتوضيح ذلك: أن الكلام لا بُدّ له من معنى مقصود، وقد يكون له مع ذلك معنى غير مقصود، وقد لا يكون، فإن دلّ على معنى وكان هذا المعنى هو المقصود منه أولاً بالذات ثم دل مع هذا على معنى آخر غير مقصود بطريق التبع سمي الأول بالمقصود الأصلي، وسمي الثاني بالمقصود غير الأصلي أو التبعي، وسميت دلالة

---

(١) التوضيح في حل غوامض التنقيح، لصدر الشريعة، ٢٤٣/١؛ التلويح شرح التوضيح، للتفتازاني، ٢٤٢/١؛ شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون- بهامش كشف الأسرار- ٣٧٥/١.

(٢) أصول الشاشي، ٦٥؛ أصول السرخسي، ٢٤٩/١؛ المنار وكشف الأسرار، للنسفي، ٣٧٤/١؛ التنقيح في أصول الفقه، لصدر الشريعة، ٢٤٢/١؛ التوضيح شرح التنقيح، للمؤلف نفسه؛ شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني، ٢٤٣/١؛ شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون -بهامش كشف الأسرار- ٣٧٤/١.

الكلام على كليهما بعبارة النص[1]، كقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [2] فإنه يدلّ بلفظه وعبارته على معنيين؛ أحدهما: التفرقة بين البيع والربا ونفي المماثلة بينهما، وثانيهما: حلّ البيع وحرمة الربا، وكلّ من هذين المعنيين مستفاد من طريق العبارة؛ لأن كلاً منهما سيقت الآية الكريمة لإفادته، ومعلوم قبل التأمل أن ظاهر اللفظ يتناوله، إلا أن المعنى الأول مقصود أصالة، لأنها نزلت للرد على الذين قالوا: ﴿إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [3]، والمعنى الثاني مقصود تبعًا ليتوصل به إلى إفادة المعنى المقصود أصالة[4].

٢ – قاعدة دلالة إشارة النّص

ويقصد بها دلالة النّصّ على معنى لم يسق النّصّ لأجله، وليس المعنى مقصودًا من اللفظ ولا بظاهر من كل وجه، لكن دلالة اللفظ على المعنى يدرك بالتأمل في معنى اللفظ من غير زيادة فيه ولا نقصان، وبه تتم البلاغة ويظهر الإعجاز[5]، والاستدلال بإشارة النّصّ هو عمل بما يثبت بنظم النّصّ لغة، إلاّ أنّ المعنى في إشارة النّصّ غير مقصود ولا سيق له النص، حيث لا يفهم بنفس الكلام في أول ما قرع سمعه من غير تأمل؛ وحيث إنّ المعنى ليس بظاهر من كل وجه لعدم قصد المعنى من سياق اللفظ – بل فيه غموض وخفاء من وجه يدرك بالتأمل –

---

(١) مذكرة في أصول الفقه، لزكي الدين شعبان، ٢٨٠؛ أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، د. مصطفى الخن، ١٢٨.

(٢) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة.

(٣) من الآية ٢٧٥ من سورة البقرة.

(٤) مذكرة في أصول الفقه، لزكي الدين شعبان، ٢٨٠؛ أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، د. مصطفى الخن، ١٢٩.

(٥) أصول الشاشي، ٦٥؛ أصول السرخسي، ١/٢٤٩؛ المنار وشرحه: كشف الأسرار، للنسفي،وبهامشه: نور الأنوار، لملاجيون، ١/٣٧٥؛ التنقيح، لصدر الشريعة، ١/٢٤٢؛ التوضيح شرح التنقيح، للمؤلف نفسه، ١/٢٤٣؛ شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني، ١/٢٤٣.

فإنه يسمّى إشارة[1].

ويلاحظ أن كلاً من: دلالة العبارة، ودلالة الإشارة، تجتمعان في أن الحكم الثابت بكلا الدلالتين حكم ثابت بالنظم، وتفترقان في أن النظم في عبارة النّصّ سيق لأجل الحكم ولم يُسق النظم لأجل الحكم في إشارة النص[2]؛ لأن دلالة الكلام على المعنى في إشارة النّصّ لا يستفاد من العبارة ذاتها، ولكنه يجيء نتيجة لهذه العبارة[3].

ومثال إشارة النص: قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيَارِهِمْ﴾[4]، فالثابت بعبارة النّصّ في هذه الآية: هو الدّلالة على استحقاق المهاجرين نصيب من الفيء؛ لأن الآية سيقت لبيان استحقاق الغنيمة، كما قال الله تعالى في الآية: ﴿وَمَا أَفَاءَ اللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِ﴾[5] وقد ثبت فقر المهاجرين بنظم النص، وهو قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ﴾ الآية، والثابت بإشارة النص: هو أن الذين هاجروا من مكة قد زالت أملاكهم عمّا خلفوا بمكة لاستيلاء الكفار عليها، وقد ثبت فقرهم بنظم النص، وهو قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ﴾ فالله تعالى سماهم فقراء، فكان ثبوت فقرهم بنظم النّصّ إشارة إلى أن استيلاء الكافر على مال المسلم سبب لثبوت الملك للكافر، إذ لو كانت

---

(١) أصول الشاشي، ٦٥؛ أصول السرخسي، ٢٤٩/١؛ المنار وشرحه: كشف الأسرار، للنسفي،وبهامشه: نور الأنوار، لملاجيون، ٣٧٥/١؛ التنقيح، لصدر الشريعة، ٢٤٢/١؛ التوضيح شرح التنقيح، للمؤلف نفسه، ٢٤٣/١؛ شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني، ٢٤٣/١، وانظر أيضا: [غاية المأمول في علم الفروع والأصول، لمحمد بن شامس البطاشي، ٢٥٢/١؛ فصول الأصول، لخلفان بن جميل السيابي ٥٧].

(٢) التوضيح في حل غوامض التنقيح، لصدر الشريعة، ٢٤٣/١.

(٣) أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ١٣٠.

(٤) من الآية ٨ من سورة الحشر.

(٥) من الآية ٧ من سورة الحشر.

الأموال باقية على ملك المسلمين لما ثبت فقرهم[1]، فالمعنى الأول وهو إيجاب سهم من الغنيمة للفقراء هو المعنى الموضوع للفظ؛ فلذلك جُعل عبارة فيه، فيكون هذا المعنى ثابتًا بعبارة النص، والمعنى الثاني وهو زوال ملكهم عمّا خلفوا في دار الحرب جزء الموضوع له لأن الفقراء هم الذين لا يملكون شيئًا فيكون جزء المعنى الموضوع للفظ، وثبوت هذا لازم لثبوت المعنى الأول؛ لأن ثبوت الشيء يستلزم ثبوت أجزائه ولوازمه[2].

٣ – قاعدة دلالة النص

عرّف السرخسي الحكم الثابت بدلالة النّصّ بأنه: "ما يثبت بمعنى النظم لغة لا استنباطا بالرأي"[3]، وعرفه صدر الشريعة بأنه: "دلالة اللفظ على الحكم في شيء يوجد فيه معنى يفهم كل من يعرف اللغة أن الحكم في المنطوق لأجل ذلك المعنى"[4]، ومن خلال هذين التعريفين يتضح المراد من دلالة النص، وهو: أن فهم دلالة النصّ يأتي من جهة اللغة، حيث يدل اللفظ على ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه، لوجود معنى فيه يعلم من حيث اللغة من عارف بلغة العرب، لأن للنظم صورة معلومة – وهي الألفاظ – ومعنى مقصودًا بالنظم، والألفاظ مطلوبة للمعاني[5].

كما عُرّفت دلالة النّصّ أيضًا بأنها: "ما عُلم علّة للحكم المنصوص عليه لغة لا اجتهادا ولا استنباطا"[6]، أي أن دلالة الكلام على ثبوت حكم المنصوص عليه

---

(١) أصول الشاشي، ٦٥، ٦٦؛ أصول السرخسي، ١/٢٤٩؛ المنار في أصول الفقه، للنسفي ١/٣٧٦؛ شرحه كشف الأسرار، له أيضًا، ١/٣٧٧؛ التنقيح في أصول الفقه وشرحه التوضيح، كلاهما لصدر الشريعة، التلويح شرح التوضيح للتفتازاني، ١/٢٤٣.

(٢) التلويح شرح التوضيح، للتفتازاني، ١/٢٤٣.

(٣) أصول السرخسي، ١/٢٥٤.

(٤) التوضيح في حل غوامض التنقيح، ١/٢٤٥.

(٥) أصول السرخسي، ١/٢٥٤.

(٦) أصول الشاشي، ٦٨– ٦٩.

للمسكوت عنه معلوم بواسطة علة الحكم التي يمكن فهمها بمجرد فهم اللغة من غير حاجة إلى الاجتهاد والرأي(١).

وتوضيح ذلك: أن الكلام قد يدل بلفظه وعبارته على حكم معين لعلّة استوجبت هذا الحكم، ولا يتوقف فهم هذه العلة على الاجتهاد والرأي؛ بل يفهمها كل من يعرف الألفاظ ومعانيها، فإذا وُجد شيء مسكوت عنه ولكنه يشترك مع المنصوص عليه في علة الحكم، فإنه يكون مدلولاً للكلام بواسطة تلك العلة، ويثبت له نفس الحكم الثابت للمنصوص عليه عن طريق دلالة النص، سواء أكان المسكوت مساويًا للمنصوص لوجود العلة فيهما بنسبة واحدة، أو أولى منه بالحكم لقوة العلة فيه(٢)؛ وذلك لأن الثابت بدلالة النّصّ ليس معنى ثابتًا بالنظم؛ بل بمعنى النظم(٣)، ولأن الثابت بدلالة النّصّ كثيرًا ما يكون مبنيًا على علة في معنى النظم(٤)، وهذه الدّلالة على المعنى لا يعرفها إلا من له بصر في معنى الكلام لغة؛ ولهذا فإن دلالة النّصّ ليست قياسًا، فالقياس معنى يستنبط بالرأي ممّا ظهر له أثر في الشرع ليتعدى به الحكم إلى ما لا نص فيه، ويختص العلماء بمعرفة الاستنباط بالرأي، أما دلالة النّصّ فهي استنباط باعتبار معنى النظم لغة(٥)، ولهذا قَيّد العلماء دلالة النّصّ بكونه معنى معلومًا باللغة لا بالاجتهاد ولا بالاستنباط بالرأي، ليخرج بذلك القياس فإن المعنى فيه لا يفهمه كل من يعرف اللغة؛ بل لا يفهمه إلاّ المجتهد(٦)، وبهذا يتبين سبب تسمية دلالة النّصّ بهذا الاسم، وهو أن الحكم الثابت بها لا يفهم من اللفظ وحده كما في عبارة النّصّ أو إشارته، وإنما يفهم من اللفظ بواسطة علته.

---

(١) مذكرة في أصول الفقه، لزكي الدين شعبان، ٢٨٣.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

(٣) شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون- بهامش كشف الأسرار- ٣٧٥/١.

(٤) شرح التلويح على التوضيح، للتفتازاني، ٢٤٥/١.

(٥) أصول السرخسي، ٢٥٤/١.

(٦) التوضيح في حل غوامض التنقيح، لصدر الشريعة، ٢٤٦/١.

ولَمّا كان الحكم في دلالة النّصّ يؤخذ من معنى النص فإن هــذه الدّلالــة تسمّى: "فحوى الخطاب": أي معنــاه، و:"لحــن الخطــاب": أي فحــواه، و:"مفهــوم الموافقة"، لأن مدلول اللفظ في حكم المسكوت موافق لمدلوله في حكم المنطوق إثباتا ونفيًا[1].

ومثال دلالة النص: قوله تعالى في شأن الوالــدين: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفّٖ﴾ [2]، فإنه يدل بلفظه وعبارته على تحريم قول الولد لوالديه: "أفٍّ لكما"، وكلّ من يسمع هذا الكلام من أهل اللغة يفهم أن العلة في هذا الحكم هي إيذاء الوالدين وإيلامهما، وهــذه العلة موجودة في أمور أخرى أشد إيذاء وإيلامًا من التــأفيف؛ كالــضرب، والــشتم، والحبس، فيتناولها النّصّ الدال على تحريم التأفيف وتأخذ الحكم الثابــت لــه وهــو التحريم بدلالة النص، وثبوت الحكم في المسكوت هنا أولى من ثبوتــه للمنــصوص، لأن تحقق العلة فيه أقوى وأشد من المنصوص، وهذا المثال وارد في مفهوم الموافقة عند الجمهور.

٤ – قاعدة دلالة اقتضاء النص:

ويراد بها: "دلالة اللفظ على معنى خارج يتوقف عليه صدقه، أو صــحته الشرعيّة، أو العقلية"[3]، أي أن اللفظ لا يكون مفيدًا للمعنى أو مُوجبًا للحكــم بــدون المقتضى الذي هو عبارة عن زيادة على المنصوص عليه، وهذا المقتضى لا يتحقــق معنى النّصّ إلاّ به، فكأن النّصّ اقتضى الزيادة ليصح معناه[4]، ومن هنا يظهر وجــه تسمية المقتضى بهذا الاسم، وهو أن النّصّ يتطلب الزيادة ليصح معناه، فالمعنى الذي

---

(١) التنقيح في أصول الفقه، لصدر الشريعة، ١/٢٤٦؛ والتوضيح في حل غوامض التنقيح، لصدر الشريعة، ١/٢٤٩؛ التلويح شرح التوضيح، للتفتازاني، ١/٢٥٠؛ حواشي الكنكوهي على أصول الشاشي هامش (٦)ص ٦٨ من أصول الشاشي.

(٢) من الآية ٢٣ من سورة الإسراء.

(٣) التلويح شرح التوضيح، للتفتازاني، ١/٢٥٧.

(٤) أصول الشاشي، ٧١؛ أصول السرخسي، ١/٢٦٠.

يدل عليه الكلام في هذه الدّلالة يتطلبه ويستدعيه صدق الكلام، أو صحته شرعًا؛ لأن الاقتضاء هو الطلب، ولمّا كانت دلالة الاقتضاء من الدلالات المعمول بها عند الجمهور وعند الحنفية، فإننا نحيل إلى الأمثلة المذكورة في دلالة الاقتضاء عند الجمهور، وقد تقدمت.

أحكام هذه الدلالات

حكم هذه الدلالات الأربع: هو أن الحكم يثبت بعبارة النَّصّ وإشارته قطعًا لأن الحكم ثابت في كل منهما بالنظم "النص"، والحكم الثابت بدلالة النَّصّ مثلهما فهو قطعي مستند إلى النظم؛ لاستناده إلى معنى اللفظ، ولأن الحكم في هذه الدّلالة مفهوم من العلة المفهومة من الكلام لغة، والحكم الثابت باقتضاء النَّصّ يثبت شرعًا للضرورة أو الحاجة إلى إثبات الحكم به، ولكن لا بد أن تقدر الزيادة التي تقتضي إثبات حكم النَّصّ بقدر الضرورة، كما أن المقتضى ليس من موجبات العمل بالنص؛ لأن النَّصّ يوجب العمل باعتبار المعنى لغة، والمقتضى ليس من موجبات النَّصّ لغة، ولكن بمقتضى الزيادة والتقدير.

وهذه الدلالات ليست كلها سواء في القوة؛ بل إن بينها تفاوتًا في قوة الدّلالة، فتقدم دلالة العبارة على الإشارة؛ لكون الثابت بدلالة العبارة مقصودًا بسياق العبارة، والثابت بالعبارة أو الإشارة مقدم على الثابت بالدّلالة؛ لأن المعنى أو الحكم الثابت بالعبارة والإشارة ثابت بالنظم والمعنى اللغوي ودلالتهما على المعنى ثابت بنفس اللفظ وصيغته، بينما الحكم والمعنى في دلالة النَّصّ ثابت بمعنى النظم وليس بالنظم، ودلالته على المعنى ثابت بمعقول النَّصّ ومفهومه، فيبقى النظم سالمًا عن المعارضة، والحكم الثابت بدلالة النَّصّ أقوى من المعنى أو الحكم الثابت بدلالة اقتضاء النَّصّ لأن دلالة النَّصّ يوجب المعنى باعتبار معنى النظم لغة، والمقتضى ليس من موجبات النَّصّ لغة، وإنما ثبت شرعًا للحاجة إلى إثبات الحكم به، فالحكم الثابت بدلالة الاقتضاء لم يدل عليه اللفظ بصيغته ولا بمفهومه اللغوي وإنما استدعته

الضرورة لتصحيح الكلام[1]، ومن هنا كانت دلالة الاقتضاء أضعف الدلالات جميعًا.

ويظهر أثر هذا التفاوت بين الدلالات عند ظهور التعارض بين الحكم الثابت بعبارة النّصّ مع الحكم الثابت بإشارته، فيقدم الحكم الثابت بالعبارة على الثابت بالإشارة، كما يقدم الحكم الثابت بإشارة النّصّ على الحكم الثابت بدلالة النّصّ إذا تعارضا، ويقدم الحكم الثابت بالدّلالة على الحكم الثابت بالاقتضاء[2].

ومثال تعارض عبارة النّصّ مع إشارة النص: ما صحَّ عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ أنه قَالَ: قال رسول الله ﷺ: «**يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ تَصَدَّقْنَ؛ فَإِنِّي أُرِيتُكُنَّ أَكْثَرَ أَهْلِ النَّارِ**» فَقُلْنَ: وَبِمَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «**تُكْثِرْنَ اللَّعْنَ، وَتَكْفُرْنَ الْعَشِيرَ، مَا رَأَيْتُ مِنْ نَاقِصَاتِ عَقْلٍ وَدِينٍ أَذْهَبَ لِلُبِّ الرَّجُلِ الْحَازِمِ مِنْ إِحْدَاكُنَّ**» قُلْنَ: وَمَا نُقْصَانُ دِينِنَا وَعَقْلِنَا يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «**أَلَيْسَ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ مِثْلَ نِصْفِ شَهَادَةِ الرَّجُلِ؟**» قُلْنَ: بَلَى. قَالَ: «**فَذَلِكِ مِنْ نُقْصَانِ عَقْلِهَا. أَلَيْسَ إِذَا حَاضَتْ لَمْ تُصَلِّ وَلَمْ تَصُمْ؟**» قُلْنَ: بَلَى. قَالَ: «**فَذَلِكِ مِنْ نُقْصَانِ دِينِهَا**»[3]، فإن الحديث سيق لبيان نقصان دين النساء،

---

(١) انظر في أحكام هذه الدلالات:أصول الشاشي، ٧٣، ٦٩؛ أصول السرخسي، ١/٢٤٩، ٢٥٥، ٢٦٠؛ التنقيح في أصول الفقه، التوضيح في حل غوامض التنقيح -كلاهما لصدر الشريعة؛ والتلويح شرح التوضيح، للتفتازاني، ١/٢٥٥].

(٢) أصول الشاشي، ٧٣، ٦٩؛ أصول السرخسي، ١/٢٤٩، ٢٥٥، ٢٦٠؛ التنقيح في أصول الفقه والتوضيح في حل غوامض التنقيح -كلاهما لصدر الشريعة، - والتلويح شرح التوضيح، للتفتازاني، ١/٢٥٥.

(٣) الحديث له قصة، فعن أبي سعيد الخدري، قال: خَرَجَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي أَضْحَى أَوْ فِطْرٍ إِلَى الْمُصَلَّى، فَمَرَّ عَلَى النِّسَاءِ فَقَالَ: «**يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ تَصَدَّقْنَ؛ فَإِنِّي أُرِيتُكُنَّ أَكْثَرَ أَهْلِ النَّارِ**» فَقُلْنَ: وَبِمَ يَا رَسُولَ اللَّهِ؟ قَالَ: «**تُكْثِرْنَ اللَّعْنَ، وَتَكْفُرْنَ الْعَشِيرَ، مَا رَأَيْتُ مِنْ نَاقِصَاتِ عَقْلٍ وَدِينٍ...**» إلخ الحديث [أخرجه البخاري في صحيحه واللفظ له (٦) كتاب الحيض (٦) باب ترك الحائض الصوم، حديث رقم (٢٩٨) ١/١١٦. ومسلم في صحيحه عن ابن عمر عن رسول الله، (١) كتاب الإيمان (٣٤) باب بيان نقصان الإيمان بنقص الطاعات، وبيان إطلاق لفظ الكفر على غير الكفر بالله، ككفر النعمة والحقوق، حديث رقم (١٣٢) ١/٨٦-٨٧].

وفيه إشارة إلى أن أكثر الحيض خمسة عشر يومًا، ولكن هذا الحديث معارض بما روي عنه ﷺ أنه قال: «أَقَلُّ الْحَيْضِ ثَلاثٌ، وَأَكْثَرُهُ عَشْرٌ»[1]، فهذا الحديث يدل بعبارته على أن أكثر مدة الحيض عشرة أيام، وهذه الدلالة بالعبارة ترجح على الإشارة[2].

ومثال تعارض دلالة الإشارة مع دلالة النص: قوله تعالى: ﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَآؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا ﴾[3] ففي هذا إشارة إلى نفي الكفارة عن القاتل عمدًا حيث جعل النصّ كلّ جزائه جهنم؛ لأنه اقتصر في بيان الجزاء على الخلود في جهنم، فالخلود في جهنم هو كل جزاء القاتل عمدًا؛ أي: أنه دل بإشارته على عدم وجوب الكفارة على القاتل عمدًا، وقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَئًا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ ﴾[4]، فإن الآية دلت بعبارتها على وجوب الكفارة بتحرير الرقبة المؤمنة على القاتل خطأ، وثبت بدلالة نصها: الكفارة في القتل العمد بدلالة النصّ الوارد في الخطأ[5]، فالقاتل عمدًا أولى بالكفارة من المخطئ، لأنّ المخطئ أدنى حالاً من العامد، فعذر المخطئ يتمثل في الخطأ وعدم القصد، وإذا

---

(١) الحديث أخرجه الطبراني، عن أبي أمامه، عن النبي ﷺ. انظر: المعجم الكبير،حققه وخرّج أحاديثه:حمدي عبد المجيد السلفي، ط٢، سرسنك، محافظة دهنك،١٤٠٤/١/١هـ - ١٩٨٣/١٠/٨م، حديث رقم (٧٥٨٦) ١٥٢/٨. وذكره الهيثمي في مجمع الزوائد، كتاب الطهارة، باب ما جاء في الحيض والمستحاضة ٢٨٠/١. وقال: "رواه الطبراني في الكبير والأوسط، وفيه عبد الملك الكوفي، عن العلاء بن كثير، لا ندري من هو".

(٢) التلويح شرح التوضيح، للتفتازاني، ٢٥٥/١.

(٣) من الآية ٩٣ من سورة النساء.

(٤) من الآية ٩٢ من سورة النساء.

(٥) التلويح شرح التوضيح، للتفتازاني، ٢٥٦/١.

وجبت الكفّارة على الأدنى حالاً مع خطئه فمن باب أولى أن تجب على العامد[1]، فتعارضت دلالة الإشارة في الآية الأولى مع دلالة النصّ في الآية الثانية، فرجحت دلالة الإشارة على دلالة النصّ فلا تجب الكفارة على القاتل عمدًا[2].

أما التعارض بين الحكم الثابت بالاقتضاء وبين الثابت بغيرها من الدلالات الأخرى فلم يوجد له مثال[3].

هذه هي أقسام الدلالات اللفظيّة وأحكامها على رأي أصوليي الحنفية.

مقارنة بين قواعد الجمهور وبين قواعد الحنفية في طرق دلالات الألفاظ على الأحكام:

من خلال عرض طرق دلالة الألفاظ على الأحكام عند كلٍّ من: الجمهور، والحنفية، يظهر الاختلاف في وجهات النظر إلى اللفظ وكيفية دلالته على المعنى المراد من حيث التقسيم والتنويع، كما يظهر توافق التسميات في بعض الأحيان حسب الاصطلاح الذي ارتضاه لنفسه كل من الفريقين، فالحنفية سموا دلالية اللفظ على المعنى متى كان ذلك مقصودًا دلالة: "بعبارة النص"، وسمّوا ما كانت الدّلالة عليه بطريق الالتزام ولم يقصد المعنى أصلاً: "إشارة النص"، والدلالتان – العبارة والإشارة – من منطوق النص، وما دل عليه اللفظ بواسطة معنى مفهوم منه سموه: "دلالة النص"، و"فحوى النص"، و"مفهوم موافقة"، ولم يجعلوه منطوقًا، لأن الملاحظ روح النّصّ ومعقوله، وجعلوا دلالة اللفظ على ما يتوقف عليه صدق الكلام أو صحته: "اقتضاء"، ولم يوضحوا ما إذا كان منطوقًا أو مفهومًا، واعتبروا الدّلالة على الحكم بأي واحدة من هذه الأربع دلالة بظاهر النّصّ لا بالقياس والرأي، أما الجمهور

---

(١) مذكرة في أصول الفقه، لزكي الدين شعبان، ٢٩٠؛ دليل الخطاب وأثر الاختلاف فيه في الفقه والقانون، د. عبد السلام أحمد راجح، ٢٦.

(٢) التلويح شرح التوضيح، للتفتازاني، ١/٢٥٦.

(٣) انظر في الإشارة إلى ذلك كتب أصول الحنفية المشار إليها في مواضع سابقة من هذا المبحث.

فقد قسّموا الدّلالة بالنظر إلى دلالة اللفظ على الحكم من جهة كونه منطوقًا ومفهومًا، فدخل عندهم تحت المنطوق: ما يدل بصريح النص، ودلالة الاقتضاء، ودلالة الإشارة، بينما جعلوا مفهوم الموافقة -الذي هو دلالة النّصّ عند الحنفية- من المفهوم، كما أن الجمهور قالوا بمفهوم المخالفة، وهي دلالة لم يقل بها الحنفية، بل اعتبروها من التمسكات الفاسدة.

ومن خلال هذه المقارنة ينتج ما يلي: -

١ - أن الجمهور والحنفية يتفقون في دلالة الاقتضاء، ودلالة الإشارة.

٢ - ما يسمى بالمنطوق الصريح عند الجمهور يسمى عند الحنفية عبارة النص.

٣ - أن دلالة النّصّ عند الحنفية هي مفهوم الموافقة، أو لحن الخطاب، أو فحواه عند الجمهور، وإن كان سماها بعض الحنفية: مفهوم الموافقة، كما أن هذه الدّلالة "دلالة النص" طريق من طرق الدّلالة على الأحكام المعتبرة عند كلا الفريقين باستثناء ابن حزم.

٤ - أن اصطلاحات كلّ من: الجمهور، والحنفية، وإن تعددت في بعضها فإنها جميعًا تكون دليلاً للاستنباط، كما أن مآل الاصطلاحات هو الاتفاق على الدلالات الأربع: عبارة النص، وإشارته، واقتضائه، ومفهومه. ولا مشاحة في الاصطلاح.
وأخيرًا: فإن ما تؤديه الألفاظ من معان عن طريق قواعد الدلالات هي طرق متلاقية غير متنافرة، فاللفظ الواحد يدل على معان متعددة بطرق مختلفة، وهي طرق ضابطة لفهم النُصوص الشرعيّة والقانونية أيًا كان موضوعها.

المبحث الثالث

قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمفهوم الموافقة

من القواعد الأصولية في المفهوم: أنه على قسمين: مفهوم موافقة، ومفهوم مخالفة[1]، وأن المفهوم مقابل للمنطوق، والمنطوق أصل للمفهوم[2]، ومقدم عليه[3].

أولا: معنى قاعدة مفهوم الموافقة

قاعدة مفهوم الموافقة تعني: أن يكون مدلول اللفظ في محل السكوت موافقًا لمدلوله في محلّ النطق[4]، أي أن المعنى المستفاد من اللفظ مستفاد من جهة النطق تلويحًا لا تصريحًا[5]، ومعنى مفهوم الموافقة في دلالة اللفظ على الحكم: أن يكون حكم المسكوت عنه موافقًا لحكم المنطوق[6]، وبعبارة أخرى، فإن حكم غير الملفوظ

---

(١) إحكام الفصول، للباجي، ٢/٤٣٨، ٤٣٩؛ الحدود في الأصول، للمؤلف نفسه، ٥٠، ٥١؛ تنقيح الفصول وشرحه، للقرافي، ٥٤، مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٠؛ منهاج الوصول إلى علم الأصول، للبيضاوي، وشرحه الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ١/٣٦٧؛ الإحكام، للآمدي، ١/٣٦٩، ٢/٤٦؛ التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ١/٢٠، ٢١؛ روضة الناظر، لابن قدامة، وشرحه: نزهة الخاطر العاطر، لعبد القادر بدران، ٢/٢٠٠؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣٠٩؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٧؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى، في مقدمة كتابه: البحر الزخار، ١/٢٠٠؛ إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٤١، ٢٤٤؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٥٤؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/١٠٩، ١١٠؛ تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى الموسوي، ١/١٠١.

(٢) الإحكام، للآمدي، ٢/٤٦.

(٣) إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ١٥٣.

(٤) الإحكام، للآمدي، ٢/٤٧؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٥٣.

(٥) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٥٣.

(٦) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٧؛ الإحكام، للآمدي، ١/٣٦٩؛ الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ١/٣٦٨؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣٠٧؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى -في مقدمة كتابه: البحر الزخار، ١/٢٠٠؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٥٣؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/١٠٩.

مستفاد من المنطوق، فيثبت حكم المنطوق به للمسكوت عنه، ومن هنا فإن وجه تسمية مفهوم الموافقة بهذا الاسم ظاهر، وهو أن المسكوت عنه موافق للمنطوق في الحكم، ومفهوم الموافقة هو الذي يسميه الحنفية: "دلالة النص"، وأمثلته هي أمثلة دلالة النص.

ووجه دلالة الكلام على ثبوت حكم المذكور للمسكوت عنه في دلالة مفهوم الموافقة: هو اشتراك المنطوق والمسكوت في معنى "علّة" الحكم، وهذا المعنى أو "علة الحكم" يكون فهمه من طريق اللغة دون الحاجة إلى بحث واجتهاد[١].

ويسمى مفهوم الموافقة: "فحوى الخطاب"، لأن فحوى الكلام ما يفهم منه نطقًا، فالمسكوت عنه وافق المنطوق في حكمه[٢]، ويسمى مفهوم الموافقة أيضًا: "تنبيه الخطاب"؛ لأن المنطوق نبّه على حكم المسكوت[٣]، ويسمى كذلك: "لحن الخطاب"؛ والمراد به معنى الخطاب، لأن لحن الكلام عبارة عن معناه[٤]، ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ﴾[٥]، أي في معناه[٦].

إلاّ أن من الأصوليين من فرق بين إطلاق: "فحوى الخطاب"، و"لحن الخطاب"، على مفهوم الموافقة، من جهة النظر إلى كون المسكوت عنه مساويًا في

---

(١) مذكرة في أصول الفقه، لزكي الدين شعبان، ٢٩١؛ أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، د. مصطفى الخن، ١٤٣.

(٢) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٧؛ الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣٦٨/١؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣٠٧؛ التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ٢٠/١؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣٠٩؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١١٠/١.

(٣) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٧؛ التمهيد، للإسنوي، ٣٠٧.

(٤) الإحكام، للآمدي، ٤٧/٢؛ الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣٦٨/١.

(٥) من الآية ٣٠ من سورة محمد.

(٦) الإحكام، للآمدي، ٤٧/٢؛ الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣٦٨/١.

موافقته للمنطوق أو أولى منه، فإنْ كان المسكوت عنه موافقًا للملفوظ به ومساويًا له فيُسمى لحن الخطاب، وإنْ كان أولى بالحكم من المنطوق به فيسمى فحوى الخطاب(١)، ولذلك ذهبوا إلى أن مفهوم الموافقة: أنْ يُعلم أن المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق به، فيثبت حكم المنطوق به للمسكوت عنه بطريق الأولى(٢).

ومنهم(٣) من فرّق بين "لحن الخطاب"، و"فحوى الخطاب"، من جهة النظر إلى ظهور غرض المتكلم وفهمه، فلحن الخطاب هو الذي لا يتم الكلام إلاّ به، وهو أيضًا ما يبدو من غرض الكلام(٤)، نحو قوله تعالى: ﴿أَنِ اضْرِب بِّعَصَاكَ الْبَحْرَ فَانفَلَقَ﴾(٥)، معناه: فضرب فانفلق.

وأما فحوى الخطاب فهو: ما يفهم من نفس الخطاب من قصد المتكلم بعرف اللغة(٦)، نحو قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ﴾ (٧)، فهذا الخطاب يفهم منه من جهة اللغة: المنع من الضرب والشتم(٨).

---

(١) إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٤١؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٥٤/٢.

(٢) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٤؛ مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٠؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٧؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى، في مقدمة البحر الزخار، ٢٠٠/١. وسمي هذا بالقياس الجلي عند البعض، لأن المعنى الملفوظ به أشد مناسبة في المسكوت عنه. انظر: [معيار العقول، لابن المرتضى، ٢٠٠/١] وسماه الشافعي بالقياس الجلي. انظر: [الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣٦٨/١].

(٣) إحكام الفصول، للباجي، ٤٣٨/٢؛ الحدود في الأصول، للمؤلف نفسه، ٥١.

(٤) المصدران السابقان، نفس الأجزاء، نفس الصفحات.

(٥) من الآية ٦٣ من سورة الشعراء.

(٦) إحكام الفصول، للباجي، ٤٣٩/٢؛ الحدود في الأصول، للمؤلف نفسه، ٥١.

(٧) من الآية ٢٣ من سورة الإسراء.

(٨) إحكام الفصول، للباجي، ٤٣٩/٢.

ثانيًا: أنواع مفهوم الموافقة

مفهوم الموافقة نوعان: -

النوع الأول: أن يكون المفهوم المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق[١]: ومثاله: قوله تعالى: ﴿ فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ ۝ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُۥ ۝ ﴾ [٢]، فهذا دلالة على أن من يعمل ما زاد على المثقال أولى أن يراه[٣]، وكقوله تعالى: ﴿ ۞ وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ ﴾[٤]، فإنه دلالة على أن من كان لا يؤدي الدينار فأحرى أن لا يؤدي القنطار[٥].

النوع الثاني: أن يكون المفهوم المسكوت عنه مساويًا لحكم المنطوق[٦]: وهذا النوع هو أقل درجات المفهوم، بمعنى أن من شرط مفهوم الموافقة أن لا يكون

---

(١) الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣٦٨/١؛ التمهيد، للإسنوي، ٣٠٧؛ التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ٢٠/١، ٢١؛ روضة الناظر، لابن قدامة، وشرحه: نزهة الخاطر العاطر، لعبد القادر بدران، ٢٠٠/٢؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٧؛ إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٤١؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١٠٩/١؛ تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى الموسوي، ١٠١/١؛ غاية المأمول، لمحمد بن شامس البطاشي، ٢٥٣/١؛ فصول الأصول، لخلفان بن جميل السيابي، ٥٩.

(٢) الآيتان: ٧، ٨ من سورة الزلزلة.

(٣) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٠؛ الإحكام، للآمدي ٤٧/٢؛ القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام، ٣٥١؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى، في مقدمة كتابه البحر الزخار، ٢٠٠/١. وفي هذه الدلالة تنبيه بالأدنى على الأعلى. انظر: [القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام ٣٥٧].

(٤) من الآية ٧٥ من سورة آل عمران.

(٥) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٠؛ الإحكام، للآمدي، ٤٧/٢.

(٦) الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣٦٨/١؛ التمهيد، للإسنوي، ٣٠٧؛ التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ٢٠/١، ٢١؛ روضة الناظر، لابن قدامة، وشرحه، نزهة الخاطر العاطر، لعبد القادر بدران، ٢٠٠/٢؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٧؛ غاية المأمول، لمحمد بن شامس البطاشي، ٢٥٣/١.

المعنى في المسكوت عنه أقل مناسبة للحكم من المعنى المنطوق به[1]، ومثال ذلك: قوله تعالى: ﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَائِكُمْ ۚ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ۗ عَلِمَ اللَّهُ أَنَّكُمْ كُنتُمْ تَخْتَانُونَ أَنفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنكُمْ ۖ فَالْآنَ بَاشِرُوهُنَّ وَابْتَغُوا مَا كَتَبَ اللَّهُ لَكُمْ ۚ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ۖ﴾ [2]، ففي هذا دلالة على صحة الصوم جنبًا، وهذه الدلالة المسكوت عنها مساوية للمنطوق بها وهي إباحة المباشرة في ليل رمضان حتى قرب طلوع الفجر[3]، ويلزم من ذلك جواز الصيام وإباحته مع الجنابة، فإباحة الصوم مع الجنابة لازم لإباحة المباشرة ليلاً حتى طلوع الفجر، واللازم والملزوم حكمهما واحد وهو الإباحة، ولا أولوية لأحدهما على الآخر، بل هما متساويان في الإباحة[4]؛ لأنه لو لم يجز أن يصبح الرجل الجنب صائمًا لما جاز للصائم مد المباشرة إلى طلوع الفجر[5].

كما يفهم من هذه الأمثلة أن دلالة المنطوق على المفهوم قد تكون من قبيل التنبيه بالأدنى على الأعلى[6]كما في قوله تعالى: ﴿فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُ ﴿٧﴾ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ ﴿٨﴾﴾ [7]، فهو تنبيه على أن من يعمل ما زاد على المثقال أولى أن يراه. وهذا الأعلى نبه عليه الأدنى وهو أن من يعمل مثقال ذرة يره.

---

(١) المستصفى، للغزالي، ٢/٧٤؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى، في مقدمة كتابه: البحر الزخار، ١/٢٠٠.

(٢) من الآية ١٨٧ من سورة البقرة.

(٣) الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ١/٣٦٨؛ التمهيد، للإسنوي، ٣٠٧.

(٤) الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، د. عجيل جاسم النشمي، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، العدد الأول، السنة (١٣)، شعبان ١٤٠٩هـ - مارس ١٩٨٩هـ، الطبعة الثالثة، ١٩٩٧م، ص٩٠.

(٥) الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ١/٣٦٨.

(٦) الإحكام، للآمدي، ٢/٤٧؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٧.

(٧)الآيتان: ٧، ٨ من سورة الزلزلة.

وقد تكون من قبيل التنبيه بالأعلى على الأدنى[1]، كما في قوله تعالى: ﴿ وَمِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِ إِلَيْكَ ﴾ [2]، ففيه تنبيه على أن من أؤتمن على أقل من القنطار كالدينار فإنه يؤديه، أي أن ثبوت الحكم للمسكوت عنه من المنطوق هو إثبات في الأقل، فإن من أُمن على القنطار وأداه يقتضي ثبوت أمانته في الدرهم بطريق الأولى[3].

ثالثًا: حجية قاعدة مفهوم الموافقة

الاحتجاج بمفهوم الموافقة الذي يقتضي إثبات حكم المسكوت عنه بالمنطوق به أمر ذكره الأصوليون في كتبهم[4]، بما في ذلك الحنفية الذين جعلوا دلالة مفهوم الموافقة مرادفة لدلالة النص، فدلالة النصّ عندهم تعني فحوى الخطاب، كما تقدم.

---

(١) الإحكام، للآمدي، ٤٧/٢؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٧.

(٢) من الآية ٧٥ من سورة آل عمران.

(٣) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٤. ولهذا اعتبر القرافي أن مفهوم الموافقة نوعان: هذا أحدها، والثاني: ثباته في الأكثر، نحو قوله تعالى: ﴿ فَلَا تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ ﴾ (من الآية ٢٣ من سورة الإسراء)، فإنه يقتضي تحريم الضرب بطريق الأولى.

(٤) إحكام الفصول، للباجي، ٤٣٩، ٤٤٠؛ الحدود في الأصول، للمؤلف نفسه، ٥١؛ تنقيح الفصول، وشرحه، للقرافي، ٥٧؛ مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٠؛ الإحكام، للآمدي، ٤٦/٢- ٤٧؛ الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣٦٧/١- ٣٦٨؛ التمهيد، للإسنوي، ٣٠٧؛ التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ٢٠/١؛ روضة الناظر، لابن قدامة، ٢٠٠/٢؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣٠٩؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٧؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى، في مقدمة كتابه البحر الزخار، ٢٠٠/١؛ إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٤١، ٢٤٢؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٥٤/٢- ٥٦؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١١٠/١؛ تهذيب الأصول، لعبد الأعلى الموسوي، ١٠١/١، ١٠٢؛ العدل والإنصاف، للورجلاني، ٧٧/٢؛ فصول الأصول، لخلفان بن جميل السيابي، ٥٩.

وقد ذهب الظاهرية إلى أن مفهوم الموافقة ليس بحجة، إذ يعدّونـه ضـربًا من القياس، ويرون أن القياس إدخال المسكوت عنه في حكم المنصوص عليه، وفـي هذا تحريمٌ لما أحل الله وتحليلٌ لما حرم، وإيجاب لما لم يوجبه وإسقاط لمـا أوجبـه، ذلك أن الحكم بالقياس هو من باب الحكم بالرأي الذي لا يحل[1]، لقوله تعـالى: ﴿مَّا فَرَّطْنَا فِي ٱلْكِتَٰبِ مِن شَيْءٍ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْۖ فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْأٓخِرِۚ﴾[3]

ويرد على هذا بأن: مفهوم الموافقة هو نوع من الخطاب، وأن رد مفهـوم الموافقة يعتبر ردًا لنوع من الخطاب[4].

ودليل كونه حجة: هو تبادر وفهم العقلاء إلى إثبات حكم المنطوق به فـي المسكوت عنه[5]، فإذا قال السيد لعبده: لا تعط زيدًا حبة، ولا تقل له أفٍّ، ولا تظلمه بذرة، ولا تعبس في وجهه، فإنه يتبادر إلى الفهم من ذلك القول امتناع إعطاء ما فوق الحبة، وامتناع الشتم والضرب، وامتناع الظلم بالدينار، وامتنـاع أذيتـه بمـا فـوق

(١) النبذ في أصول الفقه الظاهري، لعلي بن أحمد بن حزم الأندلسي الظاهري، قدم له وعلق عليه: محمد زاهد بن الحسن الكوثري، وكيل المشيخة الإسلامية في الخلافة العثمانية سابقًا، من تراث الكوثري رقم(٢٣)، الناشر: المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، ط١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ٤١- ٥٩.

(٢) من الآية ٣٨ من سورة الأنعام.

(٣) من الآية ٥٩ من سورة النساء.

(٤) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٥٦؛ وقد نقل الآمدي الاتفاق على الاحتجاج بمفهوم الموافقة حيث قال: "هذا ممّا اتفق أهل العلم على صحة الاحتجاج به إلا ما نقل عن داود الظاهري". انظر: [الإحكام في أصول الأحكام، ٢/٤٧]، وقال أيضًا: "مفهوم الموافقة قد اتفق الكل على صحة الاحتجاج به سوى الظاهرية". [نفسه ٢/٥٠]، وقال ابن اللحام الحنبلي: "هو حجة ذكره بعضهم إجماعا لتبادر فهم العقلاء إليه، واختلف النقل عن داود". انظر: [القواعد والفوائد الأصولية، ٣٥٧].

(٥) القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٧.

التعبيس من هجر الكلام وغيره[1].

ولا فرق في كونه حجة بين أن يكون مفهومًا أولى بالحكم من المنطوق به؛ كآية التأفيف، أو مفهومًا مساويًا للحكم المنطوق به؛ كما في آية حل الجماع في ليل رمضان حتى قبل طلوع الفجر[2].

كما أن اختلاف الأصوليين في إطلاق بعض المصطلحات على مفهوم الموافقة – كلحن الخطاب، وفحوى الخطاب، وتنبيه الخطاب – لا يؤثر على حجيته؛ لأن هذه ألفاظ مترادفة لمعنى واحد، وهو إثبات حكم المنطوق به للمسكوت عنه[3]، وقد أشار الغزالي إلى هذا بقوله: "وهذا قد يسمى مفهوم الموافقة، وقد يسمى فحوى اللفظ، ولكل فريق اصطلاح آخر، فلا تلتفت إلى الألفاظ، واجتهد في إدراك حقيقة هذا الجنس"[4].

آراء الأصوليين في مستند إثبات الحكم للمسكوت عنه بالمنطوق

إذا كان مفهوم الموافقة يعني إلحاق حكم المنطوق للمسكوت عنه، فما هو مستند إثبات الحكم للمسكوت عنه بالمنطوق؟ وبعبارة أوضح: هل ثبوت حكم المنطوق به للمسكوت عنه مفهوم عن طريق اللفظ؟ أم عن طريق القياس؟

للأصوليين في مستند إثبات الحكم للمسكوت عنه بالمنطوق رأيان:ـ

الرأي الأول: أن مستند الحكم في محل السكوت يعلم من جهة اللغة:

ومعنى هذا الرأي: أن مستند الحكم في محل المسكوت عنه مفهوم بفحوى الدّلالة اللفظيَّة من غير تأمل ولا استنباط؛ بل يسبق إلى الفهم حكم المسكوت مع

---

(١) الإحكام في أصول الأحكام، للآمدي، ٢/٥٠.

(٢) الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ١/٣٦٩؛ التمهيد، للإسنوي، ٣٠٧.

(٣) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٤.

(٤) المستصفى، ٢/٧٤.

المنطوق من غير تراخٍ، باعتبار أن هذا هو الأصل في القصد من النطق...

وهذا ما ذهب إليه جمهور الأصوليين[١]، واعتبره بعضهم أنه الأولى[٢].

حُجّة أصحاب هذا الرأي

احتج الجمهور على رأيهم هذا: بأن العرب إنما وضعت بعض الألفاظ للمبالغة في التأكيد للحكم في محل السكوت، وأنها أفصح من التصريح بالحكم في محل السكوت، ولهذا فإنهم إذا قصدوا المبالغة في كون أحد الفرسين سابقًا للآخر، قالوا: "هذا الفرس لا يلحق غبار هذا الفرس"[٣]، كما أن من عَرَف اللّغة عرفها لفهمها من السياق والقرائن[٤].

الرأي الثاني: أن مستند الحكم في محل السكوت هو الدّلالة القياسية:

ومعنى هذا الرأي: أن مستند الحكم يعتبر إلحاقًا للمسكوت عنه بالمنطوق في الحكم لاجتماعهما في المقتضى، وهذا هو القياس، وإنما ظهر فيه المعنى فسبق إلى الفهم من غير تأمل.

---

(١) انظر عند الحنفية: [أصول الشاشي، ٦٨- ٦٩؛ أصول السرخسي، ٢٥٤/١]. وانظر عند المالكية: [إحكام الفصول، للباجي، ٤٤٠]. وانظر عند الشافعية: [الإحكام، للآمدي، ٤٨/٢؛ الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٢٦٨/١]. وانظر عند الحنابلة: [التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ٢٢٧/٢؛ روضة الناظر، لابن قدامة، ٢٠١/٢- ٢٠٢؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣١٠]. وانظر عند الزيدية: [إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٤٣]. وانظر عند الإباضية: [العدل والإنصاف، للورجلاني، ٧٧/٢؛ غاية المأمول، لمحمد بن شامس البطاشي، ٢٥٣/١؛ فصول الأصول، لخلفان بن جميل السيابي، ٥٩].

(٢) روضة الناظر، لابن قدامة، ٢٠١/٢، ٢٠٢؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٧.

(٣) الإحكام، للآمدي، ٤٨/٢.

(٤) معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى – في مقدمة كتابه: البحر الزخار – ١٩٠/١.

وهذا ما ذهب إليه بعض الأصوليين[١]، وصححه بعضهم[٢]، وقالوا: إن فحوى الخطاب قياس، وأن الشافعي قد سماه: "القياس الجلي"[٣] أو "أقوى القياس"، حيث قال الشافعي: "والقياسُ وجوه، يجمعُها "القياس"، ويتفرَّق بها... فأقوى القياس أنْ يحرِّم الله في كتابه أو يحرم رسولُ الله القليلَ من الشيءِ فيُعلم أن قليلَه إذا حرِّم كان كثيرُه مثلَ قليله في التحريم أو أكثرَ بفضل الكثرةِ على القلة، وكذلك إذا حُمِد على يسيرٍ من الطاعةِ كان ما هو أكثرُ منها أولى أنْ يُحمدَ عليه، وكذلك إذا أباح كثيرَ شيء كان الأقلُّ منه أولى أن يكونَ مباحًا"[٤]، ومما ذكره مثالاً لذلك: قول الله تعالى: ﴿ فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ ۝٧ وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُۥ ۝٨ ﴾ [٥] ثم قال: "فكانَ ما هو أكثرُ من مثقال ذرة من الخير أحمدَ، وما هو أكثرُ من مثقال ذرة من الشر أعظمَ في المأثم"[٦].

---

(١) انظر في نسبة هذا المذهب إلى بعض المالكية: [مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٠]. وانظر في نسبته إلى بعض الشافعية: [الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣٦٨/١]. وانظر في نسبته إلى بعض الحنابلة: [التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ٢٤/١؛ روضة الناظر، لابن قدامة، ٢٠١/٢؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣١١]. وانظر في نسبته إلى بعض الزيدية: [معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى – في مقدمة كتابه: البحر الزخار– ١٩٠/١]. وانظر في نسبته إلى بعض الإمامية: [أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ٢٠٢/٣]. وانظر في نسبته إلى بعض الإباضية: [العدل والإنصاف في معرفة أصول الفقه والاختلاف، للورجلاني، ٧٧/٢؛ قاموس الشريعة، لجميل بن خميس السعدي، ٢٥٤/١– ٢٥٥].

(٢) الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣٦٨/١.

(٣) السابق، نفس الجزء نفس الصفحة.

(٤) الرسالة، لمحمد بن إدريس الشافعي –عن أصل بخط الربيع بن سليمان كتبه في حياة الشافعي – تحقيق وشرح: أحمد محمد شاكر، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، طبع أنجال المرحوم السيد مصطفى البابي الحلبي، ٥١٢– ٥١٣.

(٥) الآيتان: ٧، ٨ من سورة الزلزلة.

(٦) الرسالة، ٥١٥.

حُجّة أصحاب هذا الرأي

مما احتج به أصحاب هذا الرأي: قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾[1]، حيث قالوا: إنه سيق لمعنى كف الأذى عن الوالدين، فلو لم يلحق بهذا المعنى الشتم والضرب، وهما أشد من التأفيف، لما قُضي بتحريم الشتم والضرب، فالتأفيف أصل، والشتم والضرب فرع، ودفع الأذى علة، والتحريم حكم، ولا معنى للقياس إلا هذا[2].

كما احتجوا أيضًا بقياس الجوع المفرط على الغضب في المنع من الحكم، لكونه يمنع كمال الفكر[3].

وقد انتصر الآمدي للرأي الأول، حيث قال: "والأشبه إنما هو المذهب الأول، وهو الإسناد إلى فحوى الدّلالة اللفظيّة"[4].

الترجيح

من خلال ما سبق عرضه فإن الذي يبدو للباحث أن ما قاله الآمدي هو الصواب؛ لأن دلالة النّصّ الذي هو مفهوم الموافقة يعلم من حيث اللغة من عارف بلغة العرب؛ لأن للنظم ألفاظًا ومعنى هو المقصود به، فالألفاظ مطلوبة للمعاني، ويشترك في معرفة المفهوم من النّصّ كل من له بصر في معنى الكلام لغة، ولا يقتصر هذا على الفقيه وحده، وليست دلالة المفهوم قياسا، لأن الحكم الثابت بالمفهوم هو معنى معلوم بالنص لغة وليس قياسًا، والقياس يستنبط بالرأي ممّا ظهر له أثر في

---

(١) من الآية ٢٣ من سورة الإسراء.
(٢) الإحكام، للآمدي، ٤٨/٢؛ إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٤٣.
(٣) روضة الناظر، لابن قدامة، ٢٠١/٢.
(٤) الإحكام في أصول الأحكام، ٤٨/٢. ونُقل عن القاضي أبي يعلى الفراء أيضًا أنه اعتبر الرأي الأول هو الأولى. انظر: [روضة الناظر، لابن قدامة، ٢٠١/٢، ٢٠٢]..

الشرع ليتعدى به الحكم إلى ما لا نص فيه، ويختص العلماء بمعرفة الاستنباط بالرأي، فالمفهوم هو معرفة مدلول النَّصّ لكل من له بصر في معنى الكلام لغة[1]، ويؤيد هذا ما سبق عرضه من الأمثلة، فإن المعنى المراد يُفْهَمُ من خلال اللغة، والنطق، ويوافقنا في ترجيحنا هذا بعض الباحثين، إذ يقول أحد الباحثين: "يظهر من أمثلة مفهوم الموافقة أن فهم المعنى المراد يحصل بأدنى تأمل وبمجرد اللغة، ولا يحتاج إلى كثير تأمل وإعمال نظر واجتهاد"[2].

ومن خلال هذا يتضح أن دلالة النَّصّ مغايرة للقياس، فالعلة في دلالة النَّصّ ثابتة بطريق اللغة، بمعنى أن معرفتها لا يتوقف على الاجتهاد والرأي، بل يدركها من النَّصّ من يعرف الألفاظ ومعانيها، أما العلة في القياس فلا يكفي في معرفتها العلم باللغة، بل تحتاج مع ذلك إلى الاجتهاد.

ويلاحظ أن لمحمد أبو زهرة موقفًا مغايرًا لكلٍ من موقف الجمهور وموقف الحنفية فيما يتعلق بدلالة مفهوم الموافقة، فهو يرى أن مفهوم الموافقة، أو ما يسمى بدلالة النص، هو من قبيل المنطوق، فهو يقول: "الدلالات السابقة أكثرها مأخوذة من اللفظ – يقصد دلالة العبارة، ودلالة الإشارة، ودلالة النص، ودلالة الاقتضاء – والذي ليس من اللفظ هو دلالة النص، كما يقول أكثر الأصوليين، وعندي أن دلالة النَّصّ مأخوذة أيضًا من اللفظ؛ لأنها تفهم لغة عند ذكر النص، ولذلك يصح أن تسمى هذه الدلالات كلها دلالة المنطوق، ويقابل دلالة المنطوق دلالة المفهوم، ويكون المراد بها مفهوم المخالفة"[3].

---

(١) أصول السرخسي، ١/٢٥٤.

(٢) الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، د. عجيل جاسم النشمي، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت، ٩٠ [سبق الإشارة إلى كامل بياناته].

(٣) أصول الفقه، ١٣٧.

ومن هذا يفهم أنه خالف في ذلك منهج الجمهور، ومنهج الحنفية، فالجمهور حين قسموا الدلالات جعلوها قسمين: منطوقًا، ومفهومًا، وجعلوا المفهوم قسمين: مفهوم موافقة، ومفهوم مخالفة، كما أن ما سماه الجمهور مفهوم موافقة سماه الحنفية دلالة النص، وأما حجته بأن دلالة النصّ مفهوم من اللغة، فإن المفهوم من دلالة النص - وإن كان من طريق اللغة - إلا أنه محتاج مع ذلك إلى اجتهاد وإدراك؛ ولهذا فإن ما ذهب إليه قول مخالف لكلّ من: الجمهور والحنفية.

المبحث الرابع

قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمفهوم المخالفة

قاعدة مفهوم المخالفة من طرق إثبات الأحكام واستثمار النصوص، وهذه القاعدة وإن كانت خلاصتها: نفي الحكم في المسكوت عما عدا المنطوق[1]؛ إلا أن إيضاحها يحتاج إلى معرفة معنى مفهوم المخالفة، وحجّيته، وشروط العمل به، وأنواعه؛ وذلك على النحو التالي: -

أولا: معنى مفهوم المخالفة

عرّف القرافي مفهوم المخالفة بأنه: "إثبات نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه"[2].

وعرّفه الغزالي بأنه: "الاستدلال بتخصيص الشيء بالذكر على نفي الحكم عما عداه"[3].

وعرّفه الآمدي بأنه: "ما يكون مدلول اللفظ في محل السكوت مخالفًا لمدلوله في محل النطق"[4].

وعَرّفه الشوكاني: "بأنه حيث يكون المسكوت عنه مخالفًا للمذكور في الحكم إثباتا ونفيًا، فيثبت للمسكوت عنه نقيض الحكم المنطوق به"[5].

ويلاحظ من هذه التعريفات جميعها أن لمفهوم المخالفة عناصر، هي:

---

(١) القواعد، للحصني، ٤/٢٧٠.

(٢) تنقيح الفصول، ٥٣.

(٣) المستصفى، ٢/٧٤.

(٤) الإحكام، ٢/٤٩.

(٥) إرشاد الفحول، ٢/٥٦.

موضوع أو (واقعة) منطوق بها، وحكم هذه الواقعة المنطوق بها، وتخصيص الشيء المنطوق به بقيد مرتبط بالحكم؛ كالوصف، أو الشرط، أو الغاية، أو العدد، وواقعة غير منطوق بها ولم يذكر حكمها، ووجود دلالة في المنطوق به يُشعر بأن حكم المسكوت عنه يكون مخالفًا لمدلوله في محل النطق، وقد كان تعريف الشوكاني تعريفًا دقيقًا يتضح فيه بجلاء تلك العناصر، كما أن هذه التعريفات يستفاد منها أن دلالة اللفظ تفهم عن طريق المنطوق، وعن طريق المفهوم المخالف؛ لأن مفهوم المخالفة يقتضي أن يثبت للمسكوت عنه نقيض الحكم المنطوق به، ومن هنا فإنه يمكن تقرير قاعدة مفهوم المخالفة بأنها: مخالفة حكم المسكوت عنه للمنطوق إثباتا ونفيًا عن طريق الاستدلال بالقيد المذكور في المنطوق، أو أنها تعني: أن الحكم بالمفهوم يكون مخالفًا للحكم الموجود في المنطوق(١)،ولذلك فإن دلالة اللفظ بمفهوم المخالفة: هي دلالة المنطوق على ثبوت خلاف حكمه المنطوق به المقيّد بقيد عند انتفاء ذلك القيد المعتبر في تشريعه(٢)، ووجه تسمية مفهوم المخالفة بهذا الاسم: هو أن دلالة اللفظ على ثبوت حكم للمسكوت عنه مخالف لما دل عليه المنطوق لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في الحكم، فهو مفهوم مخالف باعتباره مناقضًا للمنطوق، وتسمى قاعدة مفهوم المخالفة: "دليل الخطاب" لأن الخطاب دالٌ على المفهوم المخالف(٣).

ثانيًا: حُجِّية قاعدة مفهوم المخالفة

اختلف العلماء في حُجّية العمل بقاعدة مفهوم المخالفة، بمعنى: هل يدل تعليق الحكم بوصف على نفي الحكم عمّا يخالفه في الصفة؟ أو هل يلزم من المنطوق نفي الحكم عما عدا المذكور؟ للعلماء في ذلك رأيان:ـ

---

(١) إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٤٤؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/١١٠.
(٢) المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، د. محمد فتحي الدريني، ٣٢٤.
(٣)المستصفى، للغزالي، ٢/٧٥؛ الإحكام، للآمدي، ٢/٤٩، إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٥٦.

الرأي الأول: أن مفهوم المخالفة حجة بشروط

وهذا ما ذهب إليه الجمهور[1]، فهو مذهب مالك[2]، وأكثر أصحابه[3]، وهو مذهب الشافعي وأكثر أصحابه[4]، وهو قول أحمد[5]، وجمهور الحنابلة[6]، وهو مذهب الزيدية[7]، والإمامية[8]، والإباضية[9]، وهو قول كثير من الفقهاء والمتكلمين وأهل اللغة[10]، ويلاحظ أن الجمهور وإن قالوا بحجية مفهوم المخالفة بشروط، إلا أن بينهم اختلافًا يسيرًا في الاحتجاج ببعض أنواع مفهوم المخالفة، كما سيأتي لاحقًا.

---

(١) انظر في نسبة هذا القول إلى الجمهور: [إرشاد الفحول، للشوكاني، ٥٧/٢].

(٢) الإشارة في أصول الفقه، للباجي، ٢٢٥.

(٣) إحكام الفصول، للباجي، ٤٤٦/٢؛ تنقيح الفصول وشرحه، للقرافي، ٥٣، ٥٤؛ مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩١.

(٤) المستصفى، للغزالي، ٧٥/٢؛ منهاج الوصول إلى علم الأصول، للبيضاوي، ٣٦٧/١؛ الإحكام، للآمدي، ٥١/٢؛ القواعد، للحصني، ٢٧٠/٤.

(٥) روضة الناظر، لابن قدامة، ٢٠٣/٢، ٢٠٩؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣١٤.

(٦) العدة في أصول الفقه، للقاضي أبي يعلى الفراء، ٤٤٨/٢؛ التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ٢١/١، ١٨٩/٢؛ روضة الناظر، لابن قدامة، ٢٠٣/٢، ٢٠٩؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣١٤؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٦١.

(٧) معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى – في مقدمة كتابه: البحر الزخار– ٢٠٠/١، الأزهار، للمؤلف نفسه، وشرحه المعروف بشرح الأزهار، لابن مفتاح، ١٧٤/١؛ إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٤٤؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٥٦/٢، ٥٧.

(٨) أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١١٠/١؛ تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى الموسوي، ١٠١/١.

(٩) العدل والإنصاف، للورجلاني، ١٣٢/١؛ غاية المأمول، لمحمد بن شامس البطاشي، ٢٥٤/١؛ فصول الأصول، لخلفان بن جميل السيابي، ٦١.

(١٠) الإحكام، للآمدي، ٥١/٢. وممن قال بذلك من أهل اللغة: أبو عبيد.

شرائط العمل بقاعدة مفهوم المخالفة عند الجمهور

اشترط الجمهور للعمل بقاعدة مفهوم المخالفة ودلالتها على نفي الحكم عمّا عدا القيد المذكور شرائط، هي: –

الشرط الأول: أن لا يكون تقييد الحكم خرج مخرج الغالب، فإنْ خرج القيد هذا المخرج فإنه لا يدلّ على نفي الحكم عمّا عدا القيد المذكور[1]؛ لأن قيد الحكم حينئذ قد ظهر له فائدة أخرى غير نفي الحكم عمّا عدا القيد المذكور، وذلك كقوله تعالى: ﴿ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ ﴾[2]، فإنّ ذكر القيد في الربائب بكونهن من اللاتي في حجور الأزواج قصد به ذكر ما هو واقع في الغالب من كون الربائب في الحجور، إذ إنّ الربيبة وهي "بنت الزوجة" تنتقل عادة في الغالب إلى بيت زوج أمها معها، ولا يدل ذكر وصف الربائب بكونها من اللاتي في حجور الأزواج على مفهوم المخالفة، ولذلك لا يدلّ هذا الوصف على أن حكم اللاتي لسن في الحجور بخلافه؛ لأن القيد خرج مخرج الغالب[3]، ولا صلة لهذا القيد بتشريع الحكم ولا مفهوم لهُ، فتحرّم بنت الزوجة على زوج أمها بعد الدخول مطلقًا، سواء أكانت في حجره أم لم تكن، وعلى العكس من ذلك فإن القيد الوارد في قوله تعالى: ﴿مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ ﴾[4] له مفهوم مخالف؛ لأن وصف الزوجات بكونهن من النساء المدخولات بهن قيد معتبر في تشريع الحكم مؤثر في قصره على هذه الحالة، وهي كون الزوجة مدخولاً بها، وعلى هذا تحرم بنت الزوجة على زوج أمها إذا دخل الزوج بالأم، عملاً بمنطوق الآية، ولأن القيد معتبر، وهذا القيد يدلّ

---

(١) مفتاح الوصول، للتلمساني، ٩٢؛ الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ١/٣٧٢؛ التمهيد، للإسنوي، ٣١٤؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٦١؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى – في مقدمة كتابه: البحر الزخار– ١/٢٠٠؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦١.

(٢) من الآية ٢٣ من سورة النساء.

(٣) القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام ٣٦٢؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦١.

(٤) من الآية ٢٣ من سورة النساء.

أيضًا بمفهومه المخالف – عند انتفائه – على أنه إذا لم يدخل الرجل بالأم فلا تحرم البنت، لأن مجرد العقد على الأم لا يحرم البنت، عملاً بمفهوم الوصف في الآية[1].

وكقوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا﴾[2] والبغاء: هو الزنى[3]، فمفهوم الآية المخالف: أن الفتيات يكرهن على الزنى إن لم يردن تحصنًا، ولكن هذا المفهوم غير معتبر؛ لأن هذا خرج مخرج الغالب، فإن من لم ترد التحصن من الفتيات فمن شأنها أن لا تحتاج إلى إكراه على البغاء[4].

الشرط الثاني: أن لا يكون تقييد الحكم المنطوق به خرج جوابًا عن سؤال معين، فإن خرج هذا المخرج فلا يدل القيد المذكور على نفي الحكم عما عداه، لأن القيد حينئذ خرج لفائدة أخرى غير نفي الحكم عما عدا المذكور، وهذه الفائدة هي كون القيد ورد جوابًا لسؤال معين، فيكون القيد متعلقًا بحكم خاص أو حادثة خاصة[5]، ومثاله: ما روي عن عبد الله بن عمرَ رضي الله عنهما أنه قال: إِنَّ رَجُلاً قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، كَيْفَ صَلاةُ اللَّيْلِ؟ قَالَ: «**مَثْنَى مَثْنَى، فَإِذَا خِفْتَ الصُّبْحَ فَأَوْتِرْ بِوَاحِدَةٍ**»[6]، فهذا الحديث وقع فيه التخصيص بالليل لأجل وقوعه في السؤال، فلا مفهوم له في صلاة النهار[7].

---

(١) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٤٢.

(٢) من الآية ٣٣ من سورة النور.

(٣) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩١.

(٤) السابق، نفس الصفحة.

(٥) مفتاح الوصول، للتلمساني، ٩٢؛ الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ١/٣٧٢؛ التمهيد، للإسنوي، ٣١٤؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام ٣٦٢؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٥٩.

(٦) أخرجه البخاري في صحيحه واللفظ له (٢٥) أبواب التهجد (١٠) باب كيف كان صلاة النبي ﷺ، وكم كان النبي ﷺ يصلي من الليل، حديث رقم (١٠٨٦) ١/٣٨٢. ومسلم (٦) كتاب صلاة المسافرين وقصرها (٢٠) باب صلاة الليل مثنى مثنى والوتر ركعة من آخر الليل، حديث رقم (٧٤٩) ١/٥١٦.

(٧) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٢.

ووجه عدم دلالة مفهوم المخالفة إذا ورد القيد في النصّ جوابًا عن سؤال أو حادثة بعينها هو أن الظاهر أن المشرع قصد بذكر القيد هنا الإجابة عن السؤال أو الحادثة لبيان حكمها.

الشرط الثالث: أن لا يقصد الشارع بالقيد تهويل الحكم وتفخيم أمره[1]، كما في الحديث الذي روي عَنْ أَبِي أَيُّوبَ الأَنْصَارِيِّ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «**لاَ يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلاثِ لَيَالٍ، يَلْتَقِيَانِ، فَيُعْرِضُ هَذَا وَيُعْرِضُ هَذَا، وَخَيْرُهُمَا الَّذِي يَبْدَأُ بِالسَّلاَمِ**»[2]، فإن التقييد بعدم الحل إنما ذكر لتفخيم الأمر[3].

الشرط الرابع: أن لا يكون المقصود من القيد المذكور الامتنان[4]، كقوله تعالى: ﴿ وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا ﴾[5]، فإنه لا يدل بمفهومه المخالف على منع أكل ما ليس بطري[6]، فالوصف المذكور في لحم مخلوقات البحر بأنه طري ليس قيدًا في حكم الأكل منه والانتفاع به، ولا دلالة بالمفهوم المخالف على أن اللحم إذا لم يكن طريًا لم يجز الانتفاع به؛ لأن الشارع لم يقصد إلى اعتبار هذا الوصف وهو ﴿طَرِيًّا﴾ أساسًا في تشريع الحكم، وهو جواز الانتفاع بلحم مخلوقات البحر، وإنما قصد به إظهار فضل هذه النعمة من مخلوقات البحار[7]، فالقيد لا مفهوم

---

(١) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٢؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٠/٢.

(٢) أخرجه البخاري واللفظ له (٨١) كتاب الأدب (٦٢) باب الهجرة وقول النبي ﷺ: "لا يحلُّ لرجل أن يهجر أخاهُ فوق ثلاث" حديث رقم (٥٧٢٧) ٢٢٥٦/٥؛ ومسلم (٤٥) كتاب البر والصلة والأدب (٨) باب تحريم الهجر فوق ثلاث بلا عذر شرعي، حديث رقم (٢٥٦٠) ١٩٨٤/٤.

(٣) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٢.

(٤) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٥٩/٢.

(٥) من الآية ١٤ من سورة النحل.

(٦) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٥٩/٢.

(٧) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٤٥.

له؛ إذ لا علاقة له بتشريع الحكم.

الشرط الخامس: أن لا يظهر من السياق أن القصد من القيد هو التعميم، فإن ظهر فلا مفهوم له[1] كقوله تعالى: ﴿وَٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ۝﴾ [2] للعلم بأن الله سبحانه قادر على المعدوم والممكن وليس بشيء، فإن المقصود بالآية: هو التعميم[3].

الشرط السادس: أن يُذكر القيد الذي عُلِّق الحكم به مستقلاً بقصد تعليق الحكم بذلك القيد، فإن ذُكِر القيد على وجه التبعية لشيء آخر فلا مفهوم له[4]، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِي ٱلْمَسَٰجِدِ﴾[5] فإن قوله تعالى: ﴿فِي ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ لا مفهوم له؛ لأن المعتكف ممنوع من المباشرة مطلقًا[6].

وهذه الشرائط المذكورة مفادها أن مفهوم المخالفة حجة، يدل على نفي الحكم عما عدا القيد المذكور، بشرط أن لا يظهر لتقييد الحكم بالقيد المذكور فائدة أخرى غير نفي الحكم عما عدا القيد المذكور، فإن ظهر للتقييد فائدة أخرى فإنه لا يدل على النفي[7].

الشرط السابع: أن لا يظهر في المسكوت عنه أولوية ولا مساواة، فإن ظهر أولوية أو مساواة كان المسكوت عنه مفهومًا موافقًا للمنطوق لا مخالفًا[8].

---

(١) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦٠.

(٢) من الآية ٦ من سورة الحشر.

(٣) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦١.

(٤) القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٦٣؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦٠.

(٥) من الآية ١٨٧ من سورة البقرة.

(٦) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦٠.

(٧) المنهاج، للبيضاوي، ١/٣٧١؛ وشرحه: الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ١/٣٧٢؛ التمهيد، للإسنوي، ٣١٤.

(٨) مفتاح الوصول، للتلمساني، ٩٤؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٦١.

وتوضيح ذلك: أن القيد ظهر له فائدة أخرى غير فائدة نفي الحكم، والفائدة هي كون المسكوت أولى بالحكم بالقيد من المذكور، قال الإسنوي: "إنما يكون مفهوم الصفة والشرط حجة إذا لم يظهر للتقييد فائدة غير نفي الحكم، فإن ظهر له فائدة أخرى فلا يدل على النفي، فمن الفائدة: أن يكون العاري عن تلك الصفة أولى بالحكم من المتصف بها"[1].

وهذا الشرط له وجاهته؛ لأن الشارع قد يذكر حدًّا محصورًا ولكنه لا يذكره للتحديد والحصر وإنما للتمثيل والقياس عليه إذا ظهرت علة الحكم في المنطوق[2]، وهذا كالتقييد بالعدد، فإنّ المشرع قد لا يقصد بالعدد أحيانًا التّحديد - وذلك في غير تشريع العقوبات أو فرائض الإرث[3] - كأن يقصد بذلك التوجيه الديني أو الاجتماعي أو السياسي، فيترك للاجتهاد بالرأي مجالاً في إلحاق غير ما تناوله المنطوق به إذا ظهرت الحكمة التشريعيّة أو العلة، وحينئذ لا يعمل بالمفهوم المخالف لفقدان شرطه وهو وجود علة جامعة بين المنطوق والمسكوت عنه تدل على اطّراد منطق تشريع الحكم وتعميمه في الأمور المشتركة في العلة[4]، كما في الحديث المروي عن أبي هريرة ﷺ عن النبي ﷺ أنه قال: «**اجْتَنِبُوا السَّبْعَ الْمُوبِقَاتِ**» قَالُوا يَا رَسُولَ اللَّهِ وَمَا هُنَّ؟ قَالَ: «**الشِّرْكُ بِاللَّهِ، وَالسِّحْرُ، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلاَّ بِالْحَقِّ، وَأَكْلُ الرِّبَا، وَأَكْلُ مَالِ الْيَتِيمِ، وَالتَّوَلِّي يَوْمَ الزَّحْفِ، وَقَذْفُ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ الْغَافِلاَتِ**»[5]، فليس القصد من الحديث حصر الكبائر فيهن، وإنّما ذكرهنّ

---

(١) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ٣١٤.

(٢) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٤.

(٣) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٦٣.

(٤) السابق، ٣٦٣، ٣٦٤.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه واللفظ له (٥٩) كتاب الوصايا (٢٤) باب قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ۝﴾ [الآية رقم ١٠ من سورة النساء] حديث رقم (٢٦١٥) ٣/١٠١٧-١٠١٨، ومسلم عن أبي هريرة أيضًا (١) كتاب الإيمان (٣٨) باب بيان الكبائر، وأكبرها، حديث رقم (٨٩) ١/٩٢.

رسول الله ﷺ ليُلْحق بهن ما في معناهن[1]، فالتقييد بالعدد وهو السبع الموبقات ليس المقصود منه الحصر، بل التمثيل ليلحق بهنّ غيرهنّ ممًا يشترك فيه معناها من المعاصي المهلكات؛ لأن للاجتهاد مجالاً في تعقل علة حكم النص[2].

الشرط الثامن: أن لا يكون المنطوق محل إشكال في الحكم، فيزال بالتنصيص عليه؛ كقول بعض العلماء: إن الكفارة إنما نص فيها على قتل الخطأ رفعًا لنزاع من يتوهم أنها لا تجب على القاتل خطأ، نظرًا منه أن الخطأ معفو عنه، فرفع الشرع هذا الوهم بالنص عليه، وليس القصد المخالفة بين العمد والخطأ في الكفارة[3].

وهذه الشروط ومتعلقاتها تجعل النّصّ الشرعي حجة على مفهوم المخالفة – عدا مفهوم اللقب – بعد البحث وإمعان النظر والتحقيق من أن القيد الوارد في النّصّ إنما ورد للتخصيص، والاحتراز به عما عداه ولم يرد لحكمة أخرى ولم يعارض هذا المفهوم بمنطوق نص آخر، أمّا إذا دلت القرينة على أن القيد ليس للتخصيص ولا للاحتراز، بل ورد جريًا على الغالب – كما مر – أو لمجرد تفخيم الأمر أو لأية حكمة أخرى يدل عليها سياق النّصّ أو حكمة التشريع، فلا يكون النّصّ حجة على مفهوم المخالفة فيه، وهذا كله احتياطٌ للعمل بمفهوم النّصوص الشرعيّة[4].

والاحتجاج بمفهوم المخالفة عند الجمهور ووجوب العمل بمقتضاه شامل لكل النّصوص، سواء كانت نصوصًا شرعية، أو مصنفات فقهية، أو مؤلفات علمية، أو في عقود الناس وسائر معاملاتهم[5].

---

(١) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٥.
(٢) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٦٤.
(٣) مفتاح الوصول، للتلمساني، ٩٣.
(٤) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٥٩، ١٦٠.
(٥) المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، د. محمد فتحي الدريني، ٣٤٦– ٣٤٧.

أدلّة أصحاب هذا الرأي

استدل الجمهور على حجية مفهوم المخالفة بما يلي: –

١ – النقل عن أئمة اللغة بالقول بمفهوم المخالفة[١]، حيث قالوا: إنه قد نقل عن أئمة اللغة أن انتفاء الحكم عن الواقعة التي يرد بها النصّ عند انتفاء القيد عنها وثبوت نقيض ذلك الحكم لها هو المتبادر إلى فهم أئمة اللغة من أسلوب مفهوم المخالفة نفسه[٢]، ويطلق بعض المعاصرين على هذا الدليل بـ "عُرْف أهل اللغة"، بمعنى أنه لمّا ثبت النقل المستفيض عن أئمة اللغة بأسلوب مفهوم المخالفة، كان ذلك عُرفًا لهم في الفهم والتخاطب وصار حقيقة عُرفية[٣].

ومما استدل به أصحاب هذا الاتّجاه في هذا السياق قولهم: "إن أبا عبيد القاسم بن سلام، والإمام الشافعي – وهما من أهل اللغة – قد قالا بدليل الخطاب، كما في قوله ﷺ: **«لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَهُ وَعِرْضَهُ»**[٤]، حيث قالا: إنه أراد به أن من ليس بواجد لا يُحلُّ عرضه وعقوبته، والواجد: هو الغني، ولَيُّه: مَطْلُه، وإحلال

---

(١) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩١؛ الإحكام، للآمدي، ٢/٥١.

(٢) منهاج الوصول إلى علم الأصول، للبيضاوي، وشرحه الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ١/٣٧٤.

(٣) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٥١.

(٤) أخرجه البخاري بلفظ (ويُذكرُ عن النبي ﷺ: **«لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَهُ وَعِرْضَهُ»** قال سفيان: عرضُه: يقول: مطلتني، وعقوبتُه: الحبسُ) (٤٨) كتاب الاستقراض (١٢) باب مطل الغنيّ ظلم (١٣) باب لصاحب الحق مقال، حديث رقم (٢٢٧٠) ٢/٨٤٥، وأبو داود في سننه بسنده عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن رسول الله –صلى الله عليه وآله وسلم– قال: **«لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ»**" (١٨) كتاب الأقضية (٢٩) باب في الحبس في الدَّين وغيره، حديث رقم (٣٦٢٨) ٣/١٥٧٠ والنسائي في سننه بنفس اللفظ عن عمرو بن الشريد عن أبيه، قال: قال رسول الله –صلى الله عليه وآله وسلم– (٤٤) كتاب البيوع (١٠٠) باب مطل الغني، حديث رقم (٤٦٩٠)٣/٣١٧ وابن ماجه في سننه بنفس اللفظ عن عمرو بن الشريد عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ (١٥) كتاب الصدقات (١٨) باب الحبس في الدين والملازمة، حديث رقم (٢٤٢٧) ٢/٨١١.

عرضه: مطالبته، وعقوبته: حبسه[1]، والمعنى: أن مطل غير الغني ليس بظلم.

٢ – احتجوا باستدلال الصحابة بمفهوم المخالفة[2]، حيث مثلوا لذلك بما صحَّ عَنْ يَعْلَى بن أُمَيَّةَ أَنَّهُ قَالَ: قُلْتُ لِعُمَرَ بن الْخَطَّابِ: ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَوٰةِ إِنْ خِفْتُمْ أَن يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ [3]، فَقَدْ أَمِنَ النَّاسُ؟ فَقَالَ: عَجِبْتُ مِمَّا عَجِبْتَ مِنْهُ فَسَأَلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ: «صَدَقَةٌ تَصَدَّقَ اللَّهُ بِهَا عَلَيْكُمْ فَاقْبَلُوا صَدَقَتَهُ»[4].

ووجه الاحتجاج: أن يعلى بن أُمَيَّة استدل بقوله تعالى: ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَوٰةِ إِنْ خِفْتُمْ أَن يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾على مفهوم المخالفة، فقد فَهِمَ من تخصيص جواز قصر الصلاة في حالة الخوف عدم جواز القصر عند عدم الخوف، ولم ينكر عليه عمر ذلك، بل قال: "عجبتُ ممَّا عجبتَ منه، فسألت النبي ﷺ عن ذلك، فقال: "صدقةٌ تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته"، ويعلى بن أُمَيَّة، وعمر من فصحاء العرب، وقد فهما ذلك، والنبي ﷺ أقرهما عليه[5]، أي أن يعلى بن أمية وعمر بن الخطاب فَهِما من تخصيص جواز القصر في حالة الخوف عدم الجواز عند الأمن، وهذا هو أسلوب مفهوم المخالفة، فكان مفهوم المخالفة حُجّة لثبوته بالسنة التقريرية، لكنه عليه الصلاة والسلام بَيَّن لهما أن القصر في حالة الأمن أُجيز تخفيفًا ورخصة[6]، أو صدقة من الله تعالى.

---

(١) المنهاج، للبيضاوي، وشرحه الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ٣٧٤/١؛ الإحكام، للآمدي، ٥١/٢.

(٢) الإحكام، للآمدي، ٥٣/٢.

(٣) من الآية ١٠١ من سورة النساء.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه واللفظ له (٦) كتاب صلاة المسافرين وقصرها (١) باب صلاة المسافرين وقصرها، حديث رقم (٦٨٦) ٤٧٨/١، وأبو داود في سننه (٣) كتاب الصلاة، (٢٧٠) باب صلاة المسافر، حديث رقم (١١٩٨) ٥١٧/١ –٥١٨، والترمذي في سننه (٤٨) كتاب تفسير القرآن (٥) باب "ومن سورة النساء"، حديث رقم (٣٠٣٤) ٢٤٢/٥–٢٤٣ وقال أبو عيسى: "هذا حديث حسنٌ صحيح".

(٥) الإحكام، للآمدي، ٥٣/٢.

(٦) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٥٣.

٣ – أن في مفهوم المخالفة صيانة للكلام عن اللغو[1]، لأن الظاهر من تقييد الحكم بالصفة، أو الشرط، أو الغاية، أو العدد، هو لفائدة متوخاة، صونًا للكلام عن العبث؛ لأنه لو لم يكن لذلك فائدة لكان لغوًا وعبثًا، وهذا ما ينبغي أن يصان في كلام العقلاء فضلاً عن كلام الله تعالى ورسوله، وتلك الفائدة من ذكر القيد هي نفي الحكم عما عداه، لأن غير القيد منتف بالعدم الأصلي فتتعين هي[2].

٤ – أن ترتيبَ الحكم على الوصف بذكر القيود يشعر بالعلّية[3]؛ أي أن ربط الحكم بالوصف يومئ إلى علّية ذلك الوصف، فمن المعلوم أنه إذا انتفت العلّة انتفى المعلول، فكانت العلة – الوصف – عند انتفائها دليلاً على انتفاء الحكم، أي دليلاً على عدم الحكم وثبوت نقيضه، فإذا لم يكن للحكم علّة غير الوصف، فإنه يلزم انتفاء الحكم فيما انتفى عنه الوصف لأن انتفاء العلّة يستلزم انتفاء المعلول[4].

وهذا الاحتجاج راجع إلى اعتبارين؛ أحدهما: لغوي، والثاني: منطقي، أمّا الاعتبار اللغوي فهو في النصّ نفسه وهو القيد الوارد فيه، وأما الاعتبار المنطقي فهو ارتباط السبب بالمسبب عقلاً، فالعقل يحكم أنه حيثما وجدت العلّة وجد الحكم، وبذلك كان الاعتبار اللغوي أو الشرعي مؤيّدًا بالاعتبار العقلي أو المنطقي[5].

الرأي الثاني:أن مفهوم المخالفة ليس بحجّة

وهذا ما ذهب إليه الحنفية، إذ إنّ مفهوم المخالفة عندهم – كالاستدلال بمفهوم اللقب، أو الشرط، والوصف، أو العدد، أو الحصر – هو من الاستدلالات

---

(١) تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني، ١٦٢.

(٢) منهاج الوصول إلى علم الأصول، للبيضاوي، ٣٧٤/١، وشرحه الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ٣٧٥/١..

(٣) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٦؛ الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣٧٥/١..

(٤) الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣٧٥/١.

(٥) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٥٥.

الفاسدة في النُصوص، لأن الاستدلالات الصحيحة في النُصوص عندهم هي الاستدلال بعبارتها، ودلالتها، وإشارتها، واقتضائها، وما سواها من الاستدلالات هي استدلالات فاسدة، وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على كون الحكم بخلافه[1]،وهذا ما أشار إليه النسفي بقوله: "... والحاصل أن التخصيص بالشيء لا يدل على نفي ما عداه عندنا، وحيث دل إنما دل عندنا لأمر خارج لا من قبيل التخصيص"[2]، أي أن النصّ الشرعي لا دلالة له على حكمٍ ما في المفهوم المخالف، لأنه ليس من مدلولاته بطريق من الطرق الأربع، بل يعرف حكم المفهوم المخالف المسكوت عنه بأي دليل من الأدلّة الشرعيّة التي منها الإباحة الأصلية[3]، فقوله تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا﴾[4] يدل منطوقه على تحريم الدم المسفوح، وأما تحليل الدم غير المسفوح فهو مفهوم مخالف لمنطوقه، ولا دلالة لهذه الآية عليه، بل يعرف بالإباحة الأصلية، أو بأي دليل شرعي؛ ومثال ذلك ما رُوي عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بن عُمَرَ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «**أُحِلَّتْ لَكُمْ مَيْتَتَانِ وَدَمَانِ؛ فَأَمَّا الْمَيْتَتَانِ: فَالْحُوتُ وَالْجَرَادُ، وَأَمَّا الدَّمَانِ: فَالْكَبِدُ وَالطِّحَالُ**»[5].

وقالوا أيضًا: إنه قد يفهم حكم المفهوم المخالف المسكوت عنه من خلال

---

(١) أصول الجصاص، ١/١٥٤؛ أصول السرخسي، ١/٢٦٦- ٢٧٧؛ والمنار في أصول الفقه وشرحه كشف الأسرار، للنسفي، ١/٤٠٦، ٤٠٧؛ التنقيح في أصول الفقه وشرحه التوضيح، لصدر الشريعة، ١/٢٦٨- ٢٧٥؛ الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٤٠؛ شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون، بهامش كشف الأسرار، ١/٤٠٦، ٤٠٧، ٤٠٨، ٤١٠؛ الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٢٧.

(٢) كشف الأسرار، ١/٤١٠.

(٣) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ٥٤.

(٤) من الآية ١٤٥ من سورة الأنعام.

(٥) أخرجه ابن ماجه في سننه (٢٩) كتاب الأطعمة (٣١) باب الكبد والطحال، حديث رقم (٣٣١٤) ٢/١١٠١-١١٠٢. وأحمد بن حنبل في المسند ٢/٩٧.

القرائن[1]، أو العدم الأصلي، كالاستدلال على حرمة الضرب بعد الثمانين في القذف بمنع الأذى بصفة عامة وعدمه في الأصل، فالأصل في الإيذاء العدم[2].

إلا أن من الحنفية من حصر نفي حجية مفهوم المخالفة في خطاب الشارع[3] أو "الأدلة"، أما في مصطلح الناس، وكلامهم، وعرفهم، وعقودهم، ومعاملاتهم، ومصنفاتهم، فهو حُجة[4]، ولا فرق في هذا بين مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة[5]، أي أن الحنفية ينفون مفهوم المخالفة بأقسامه في كلام الشارع فقط[6]، لكن ابن نجيم اعتبر جواز الاحتجاج بالمفهوم في كلام الناس خلاف ظاهر المذهب، وأن ظاهر المذهب هو عدم جواز الاحتجاج بالمفهوم في كلام الناس كالأدلة[7]، أي أن نفي الاحتجاج بمفهوم المخالفة عام لا يختص بخطاب الشرع[8].

وإذا كان المشهور عند الحنفية القول بمفهوم المخالفة في كلام الناس، إلا أن أبا بكر الجصاص قد ذكر ما يُفهَم منه عدم الأخذ بمفهوم المخالفة حتى في كلام الناس، حيث قال: "وكان يُحكى عن أبي يوسف كلامٌ معناه أن ليس في تخصيص بعض أوصاف الشيء بالذكر دلالة على أن ما عداه فحكمه بخلافه"[9]، وقال أيضًا: "روى محمد بن الحسن في (السِّيَر الكبير)، قال: إذا حاصر المسلمون حصنًا من

---

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، محمد أبو زهرة، ٢١١.

(٢) تيسير التحرير، لأمير بادشاه، ١/١٠١.

(٣) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، وتيسير التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر، ١/١٠١؛ الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٤٠.

(٤) الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٤٠؛ الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٢٧.

(٥) الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٢٧.

(٦) الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٤٠.

(٧) الأشباه والنظائر، ٢٦٣.

(٨) الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٤٠.

(٩) أصول الجصاص، ١/١٥٤.

حصون المشركين، فقال رجال من أهل الحصن: أمنوني على أن أنْزِل إليكم، على أن أدلكم على مائة رأس من السبي في قرية كذا، فأمنه المسلمون على ذلك، فنزل ثم لم يخبر بشيء، فإنه يرد إلى مأمنه؛ لأنه لم يقل: إن لم أدلكم فلا أمان لي"[1]، ثم علّق الجصاص على قول محمد بن الحسن هذا بقوله: "فلم يجعل محمد وقوع الأمان على هذا الشرط دليلاً على أنه متى لم يف بالشرط فلا أمان له، وهذا يدل من مذهبه دلالة واضحة على أن التخصيص بالذكر أو التعليق بالشرط لا يدل على أن ما عداه فحكمه بخلافه"[2]، وهذا يفيد أن في كلام محمد بن الحسن – كما فهمه الجصاص – ما يدل على عدم الأخذ بمفهوم المخالفة حتى في كلام الناس، كما يفهم من قول الجصاص: "وكان يُحْكَى عن أبي يوسف كلامٌ معناه: أن ليس في تخصيص بعض أوصاف الشيء بالذكر دلالة على أن ما عداه فحكمه بخلافه" يفهم منه أن محمد بن الحسن يقول بمفهوم المخالفة.

ومن هذا كله يُستنتج أن نفي الأخذ بمفهوم المخالفة عند الحنفية هو المشهور، وأن منهم من يقول بالأخذ بمفهوم المخالفة، وأن منهم من ينفيه حتى في كلام الناس، وقد اعتبر نفي الحنفية لمفهوم المخالفة حتى في كلام الناس بأنه قولٌ قال به بعضهم، وأن هذا القول قد جاء متأخراً[3]، وهذا النفي يعبر عنه بعض الحنفية بأن مفهوم المخالفة: "لا يدل مطلقاً"[4]، أي أن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على كون الحكم بخلافه مطلقاً في كلام الشارع وفي غيره.

وقد أجيب عن القول بأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على كون الحكم بخلافه مطلقاً: بأن هذا التخصيص لا يدل على كون الحكم بخلافه فقط، فقد يكون

---

(١) أصول الجصاص ، ١/١٥٥.

(٢) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٣) د. محمد أديب الصالح، هامش (٣) من هوامش تحقيقه لكتاب "تخريج الفروع على الأصول"، للزنجاني، ص١٦٤.

(٤) الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٤١.

لكلام الشارع فائدة أخرى لا ندركها، فالرسول ﷺ قد أوتي جوامع الكلم، حيث يذكر كلمات قليلة تجمع معانٍ كثيرة، فلعله قصد بالتخصيص فائدة لم ندركها[١]، وهكذا فإن مشهور مذهب الحنفية هو عدم الأخذ بمفهوم المخالفة في النصوص الشرعيَّة.

وقد ذهب بعض العلماء من غير الحنفية إلى إنكار مفهوم المخالفة، فقد قال بهذا بعض المالكية[٢]، وبعض الشافعية[٣] منهم أبو حامد الغزالي الذي نفى أكثر مفاهيم المخالفة[٤]، وبعض الحنابلة[٥]، وبعض الأصوليين[٦]، وبعض الفقهاء[٧]، وابن حزم الظاهري الذي يعتبر القول بدليل الخطاب في نصوص القرآن أو السنة افتراء لا يحلُّ القول به؛ ولذلك فإن النصّ إذا جاء على صفة، أو حال، أو زمان، أو مكان، وجب أن لا يكون غيره يخالفه[٨].

وبَدَهيٌّ أن يكون موقف ابن حزم من مفهوم المخالفة هو النفي؛ فهو لم يقل بمفهوم الموافقة حتى يقول بمفهوم المخالفة، فإذا كان لم يرتض القول بإعطاء حكم المنطوق للمسكوت عنه في حال المساواة والأولية خشية الوقوع في القياس، فهو في عدم القول بمفهوم المخالفة أولى وأجدر[٩].

والقول بعدم حجية مفهوم المخالفة قد ذهب إليه الأستاذ: عبد القادر

---

(١) الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٤١.

(٢) إحكام الفصول، للباجي، ٢/٤٤٦، ٤٤٧؛ الحدود في الأصول، للمؤلف نفسه، ٥١.

(٣) نُسب هذا القول إلى القفال الشاشي، وأبي حامد المروزي. انظر: [الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ١/٣٦٩].

(٤) المستصفى، ٢/٧٥.

(٥) العدة في أصول الفقه، للقاضي أبي يعلى الفراء، ٢/٤٥٥.

(٦) الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ١/٣٦٩؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٥٧.

(٧) المستصفى، للغزالي، ٢/٧٥.

(٨) النبذ في أصول الفقه الظاهري، ٥٣، ٥٤، الإحكام لابن حزم، ٧/٣٣٥.

(٩) أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، د. مصطفى الخن، ٢٧٥.

عودة ﷺ تعالى حيث يرى: "أن مفهوم المخالفة مسكوت عنه، وأن النصّ يوضع للحكم المنطوق به، ولا يوضع لمفهومه المخالف، فطبقًا لهذا الرأي لا دلالة للنص إلا على حكمه المعين في منطوقه، وأما مفهومه المخالف فلا دلالة للنص على حكم فيه، وهذا هو الرأي الراجح"[1]، فكلامه هذا ظاهر وصريح في ترجيحه للقول بعدم حجّية مفهوم المخالفة، كما أن الظاهر من كلام محمد أبي زهرة ترجيح القول بعدم حجية مفهوم المخالفة أيضًا، لأنه وصف منهج الحنفية في عدم الأخذ بمفهوم المخالفة في النصوص الشرعيّة بأنه "احتياط حسن في استخراج الأحكام الدينية من كتاب الله والسنة"[2]، وقال: "وإنّ نظر الحنفية في هذا بلا شك سليم"[3].

أدلّة أصحاب هذا الرأي

استدل أصحاب هذا الرأي على نفي حجية مفهوم المخالفة بما يلي: –

١ – قالوا: إن النصّ إذا ورد مقيدًا بقيد فإنه لا يدلّ على كون الحكم بخلافه؛ لأن النصّ قد يكون له فائدة لم ندركها[4]، فالفوائد التي ترد القيود لإفادتها كثيرة، فإذا ورد قيد منها في كلام الشارع الحكيم ولم تظهر له فائدة معينة فلا نستطيع أن نحكم بأن الفائدة لذلك القيد هي تخصيص الحكم بما وجد فيه القيد ونفيه عمّا لا يوجد فيه ذلك القيد؛ لأن مقاصد الشارع لا يمكن الإحاطة بها، بخلاف غيره من البشر، فإن الإحاطة بمقاصدهم وأغراضهم ممكنة؛ ولهذا كان مفهوم المخالفة حجة في كلام البشر دون كلام الشارع[5].

ويجاب عن هذا الاستدلال: بأن ذكر القيد لا بد أن يكون لفائدة، والفائدة

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، ١٨٦/١.

(٢) أصول الفقه، ١٣٩.

(٣) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، ٢١٢.

(٤) الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٤١.

(٥) مذكرة في أصول الفقه، لزكي الدين شعبان، ٢٩٥.

هي صيانة كلام الشارع من العبث، كما أن المجتهد إذا بحث عن فائدة القيد الوارد في كلام الشارع ولم يجد له فائدة إلا تخصيص الحكم بما وجد فيه القيد ونفيه عما لا يوجد فيه فإنه يغلب على ظنه أن ورود القيد إنما هو لهذه الفائدة، وغلبة الظن كافية في وجوب العمل بهذه الدّلالة[1].

٢ – قالوا: إن العمل بمفهوم المخالفة لم يتواتر عند أهل اللغة، ولم يجّر مجرى التواتر، والجاري مجرى التواتر؛ كقول أهل اللغة: ضَروب وقَتول، فإنه للتكثير؛ وكقولهم: عليم وأعلم، فإنه للمبالغة[2].

وأجيب عن هذا الاستدلال: بأنّا لو اشترطنا التواتر في معظم قواعد اللغة وأساليبها ووجوه بلاغتها ومفاهيم ألفاظها، لضاع كثير من أصول اللغة ومفاهيم ألفاظها[3].

٣ – قالوا: بأن في نفي مفهوم المخالفة تنزيه لله تعالى عن العبث واللغو في الكلام، وهذا الاستدلال مقتضاه: أنه حاش لله تعالى أن يريد إخراج بعض ما نص لنا على حكمه عن الجملة التي نصها لنا ولا يبين ذلك، فصح ضرورة أنّ النّصّ إذا ورد فالفرض أن يؤخذ كما هو، وهذا ما ذكره ابن حزم[4].

ويجاب عن هذا الاستدلال: بأن تعطيل أسلوب مفهوم المخالفة تعطيل لكثير من الأحكام.

رأي الباحث

من خلال ما سبق يتبين أنه لا نزاع في حجية مفهوم المخالفة في كلام الناس وتصرفاتهم وفي عبارات المؤلفين، فإذا تكلم واحد من الناس بكلام مقيد

---

(١) السابق، نفس الصفحة.

(٢) المستصفى، للغزالي، ٢/٧٥.

(٣) المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، د. محمد فتحي الدريني، ٣٥٥.

(٤) النبذ في أصول الفقه الظاهري، ٥٣، ٥٤.

بوصف أو شرط أو غيرهما فإنه يدل بمنطوقه على ثبوت الحكم عند تحقق القيد وعلى نفيه عند انتفائه، لأن القيد لا بد له من فائدة، وأغراض الناس ومقاصدهم يمكن الوقوف عليها والإحاطة بها، فإذا تكلم واحد منهم بعبارة وأورد فيها قيدًا من القيود وظهر لهذا القيد فائدة خلاف نفي الحكم عند انتفائه لم يعمل بمفهومه المخالف، أما إذا لم تظهر له فائدة سوى نفي الحكم عند انتفائه فإنه يعمل بمفهومه المخالف، وإلا كان الإتيان به عبثًا، والعبث يصان كلام العقلاء عنه، ومعارضة بعض الحنفية لعدم الاحتجاج بمفهوم المخالفة حتى في كلام الناس هي معارضة مخالفة لمشهور مذهبهم، ولكن النزاع الأساس يتمثل في حجية العمل بمفهوم المخالفة في النصوص الشرعيَّة، فقال الجمهور بحجيته، وأنكره الحنفية وبعض العلماء وابن حزم، واحتج كل من الفريقين بحجج سبق عرضها، إلا أنه يمكن إرجاع احتجاجات كلا الفريقين إلى أمر هام هو الاحتياط في فهم النصّ الشرعي، فاحتياط المنكرين لمفهوم المخالفة خصوصًا الحنفية مبناه تفسيرهم لموقفهم هذا من إنكار حجية مفهوم المخالفة، وهو أن الأخذ به في النصوص الشرعيَّة قد يؤدي إلى معنى فاسد لا يقره الشرع، ولأجل الاحتياط من الوقوع في المعاني الفاسدة التي يفضي إليها الاجتهاد في استنباط الأحكام من النصوص عن طريق مفهوم المخالفة قالوا بعدم حجية مفهوم المخالفة، كما أن الاحتياط يظهر من خلال تعليلهم أيضًا لعدم حجية مفهوم المخالفة بأن القيود التي خصت بالذكر في النص؛ من وصف، أو شرط، أو غاية، قد ترد في النصّ لغير أغراض التشريع، وبأنه ليس مطردًا في الأساليب العربية أن يدل تقييد الحكم بوصف، أو شرط، أو تحديده بغاية، أو عدد، على إثبات الحكم حيث يوجد القيد وعلى نفيه حيث ينتفي، والاحتياط أن لا يكون النصّ الشرعي حجة على نفي الحكم إذا انتفى القيد؛ لأنه إذا كانت الدّلالة على نفي الحكم حيث ينتفي القيد غير مقطوع بها فإن النصّ الشرعي لا يكون حجة عليه، والنصوص الشرعيَّة يجب الاحتياط في الاحتجاج بها، ولا تكون حجة بمجرد الاحتمال، وبعبارة الشيخ خلاف فإن: "الاحتياط في فهم النصّ الشرعي يوجب أن لا يحتج به على نفي الحكم إذا انتفى القيد"[1].

وهذا الاحتياط والحذر من الحنفية – وإن كان يعتبر اقترابًا من الاحتكام

---

(١) علم أصول الفقه، ١٥٩.

إلى منطق التشريع ومظان العدل فيه[1] – من جهة أن في نظر الحنفية في عدم الاعتداد بمفهوم المخالفة في النصوص الشرعيّة "احتياط حسن في استخراج الأحكام من النصوص الدينية من كتاب الله أو السنة"[2]، إلا أن هذا لا يبرر إهدار القول بحجية مفهوم المخالفة كلية في النصوص الشرعيّة؛ لأن هذه المحاذير والاحتياطات من الوقوع في المعاني الفاسدة التي قد يؤدي إليها طريق مفهوم المخالفة لم تكن خافية على الجمهور القائلين بحجية مفهوم المخالفة، بل إن الجمهور قد أخذوا بالاحتياط حينما اشترطوا شروطًا لصحة العمل بمفهوم المخالفة وصحة الاحتجاج به، فلم يغفلوا ما تمتاز به النصوص الشرعيّة من كثرة الأغراض التي تكون في تقييد النص، فكانت شروط العمل بمفهوم المخالفة كلها احتياطات تجنب المجتهد من أن يفضي به الاستنباط بمقتضى منهج مفهوم المخالفة إلى أحكام أو معان لا يقرها الشرع، فانتهوا إلى أن القيد الذي يؤخذ بمفهومه المخالف إنما هو القيد المعتبر في تشريع الحكم، وبمراعاة هذه الشروط لم يبق للنافين مبرر في نفي مفهوم المخالفة، إذ إنها تضبط منهج مفهوم المخالفة وتؤدي إلى سلامة نتائجه، وانتفاء الاحتمالات؛ ولذلك فإنه يجب العمل به، وإلا فإنّ التقييد الوارد في النّصّ بعد إزالة الاحتمالات – بوضع شروط لصحة العمل بمفهوم المخالفة – يعد عبثًا لا معنى له، والعبث لا يتصور في العقلاء، فضلاً عن كلام الله تعالى.

ولو سلمنا جدلاً بالاحتياط فإن الاحتياط في فهم النصوص لا يؤدي إلى إطراح أسلوب مفهوم المخالفة كليًا، إضافة إلى أن حجيته قد ثبتت بالنقل عن أهل اللغة والشرع وفهم الصحابة، كما أن طرح أسلوب مفهوم المخافة كليًا هو نفي لكل ذلك، ولهذا كله فإن الباحث يرجح رأي الجمهور، وهو حجية مفهوم المخالفة وفق الشروط التي وضعوها.

وأما إنكار ابن حزم لحجية مفهوم المخالفة تمسكًا منه بظاهر النّصّ فلا

---

(١) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣١٤.

(٢) أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ١٣٩.

مبرر له أيضًا لما سبق ذكره؛ ولأن الأصوليين لم يدرسوا القواعد اللغوية لذاتها، بل للأخذ بدلالاتها في معرفة الأحكام الشرعيّة، ولو لم تكن تمثل أهمية لهم في هذا الجانب لاكتفوا بما درسه أهل اللغة والنحو من تلك القواعد، وبعبارة موجزة: فإن القواعد الأصولية – ومنها قواعد مفهوم المخالفة – تعتبر "مناهج يتوصل بها إلى دلالات التشريع ومفاهيمه"[1]، كما أن في إنكار حجية مفهوم المخالفة تعطيلاً لطريق هام من طرق الدّلالة على الأحكام، الأمر الذي يترتب عليه إهدار كثير من الأحكام، وذلك ممّا لا يجوز المصير إليه بحال؛ لذلك يترجح العمل بمفهوم المخالفة اتقاء من إهدار كثير من الأحكام الشرعيّة التي تستفاد عن طريق مفهوم المخالفة.

والخلاصة: أن الشرائط التي اشترطها الجمهور للعمل بمفهوم المخالفة تُعدّ ضوابط تكفل سداد توجيهه وصحة نتائجه.

ثالثًا: أنواع مفاهيم المخالفة.

يتنوع مفهوم المخالفة تبعًا لنوع القيد الذي قُيِّد به منطوق النص، وهذه القيود هي: مفهوم الصفة، ومفهوم الشرط، ومفهوم الغاية، ومفهوم العدد، ومفهوم الزمان، ومفهوم المكان، وهذه هي مفاهيم المخالفة المشهورة[2]، وهناك مفاهيم مخالفة غير مشهورة[3]، وفيما يلي أهم أنواع مفاهيم المخالفة

١ – مفهوم الصفة (الوصف): ويقصد به: "أن تخصيص الحكم بصفة من أوصاف الشيء يدلّ على نفي الحكم عما عدا محل الصفة"[4]، أي أن تقييد حكم المنطوق بوصف يدل على ثبوت نقيضه عند انتفاء ذلك الوصف[5]، ومعنى حجّيّة مفهوم

(١) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣١٥.

(٢) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٤.

(٣) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣؛ مفتاح الوصول على بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٤؛ الاحكام، للآمدي ٤٩/٢؛ تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى الموسوي، ١٠٣/١.

(٤) تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني، ١٦٢.

(٥) تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني، ١٦٢؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٧.

الوصف المخالف: أن تعليق الحكم بصفة حجة في الاستدلال على نفي الحكم عما عدا الصفة المذكورة[1]، وبهذا قال الجمهور[2]؛ فهو ما ذهب إليه المالكية[3]، والشافعي وجمهور أصحابه[4]، والإمام أحمد وأكثر أصحابه[5]، والزيدية[6]، والإمامية[7]، والإباضية[8]، وهو المذكور عن كثير من العلماء[9]، بشرط أن لا يظهر للتقييد فائدة أخرى غير نفي الحكم، فإن ظهر له فائدة أخرى - ككون الوصف المقيّد به الحكم خرج جوابًا لسؤال أو خرج مخرج الغالب - فإن الوصف لا يدل على النفي[10]، وقد

---

(١) والصفة المراد بها هنا: هي تقييد لفظ مشترك المعنى بلفظ آخر يختص ببعض معانيه ليس بشرط ولا غاية ولا يريدون به النعت فقط. انظر: [إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦١/٢].

(٢) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦١/٢.

(٣) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣، وشرحه، ٥٦؛ مفتاح الوصول، للتلمساني، ٩٤، ٤٩/٢.

(٤) تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني، ١٦٢، ١٦٣؛ المنهاج، للبيضاوي، وشرحه الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ٣٧١/١، ٣٧٤؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣١١، ٣١٤؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة -مطبعة الجمهورية، الموصل- ٤٣٤/٢.

(٥) العدة في أصول الفقه، للقاضي أبي يعلى الفراء، ٤٤٨/٢؛ التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ٢١/١، ٢٠٧/٢، ٢٢٣؛ روضة الناظر، لابن قدامة، ٢٢٢/٢؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣١٥؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٧.

(٦) معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى -في مقدمة كتابه البحر الزخار- ٢٠٠/١؛ إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٤٧؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦١/٢؛ شرح الأزهار، لابن مفتاح، ١٧٦/١.

(٧) أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١٢١/١؛ تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى الموسوي، ١١٢/١.

(٨) العدل والإنصاف، للورجلاني، ١٣٢/١؛ غاية المأمول، لمحمد بن شامس البطاشي، ٢٥٤/١؛ فصول الأصول، لخلفان بن جميل السيابي، ٦٢.

(٩) الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣٧١/١.

(١٠) المنهاج، للبيضاوي، وشرحه: الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ٣٧١/١، ٣٧٢؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣١٤.

سبق ذكر شرائط الجمهور وأدلتهم للاحتجاج بمفهوم المخالفة.

وقد وضح الزنجاني سببًا لاشتراط عدم ظهور فائدة أخرى غير نفي الحكم للاحتجاج بمفهوم المخالفة، وهو أن الفائدة من تخصيص الحكم بوصف خاص هي نفي الحكم عما عدا محل الصفة، حيث قال: "بأن عدول صاحب الشرع عن اللفظ العام، كقوله: "في الغنم زكاة" إلى اللفظ الخاص، وهو قوله: "في سائمة الغنم زكاة"[1] لا بد أن يكون لفائدة ولا فائدة إلاّ نفي الحكم عما عدا محل الصفة"[2]؛ لأن الوصف المعلق عليه الحكم هو: "السَّوم"، والغنم ذات، والسَّوم والعلف وصفان يعتورانها، وقد عُلِّق الحكم بأحدهما، وهو السوم، فدل هذا الوصف على نفي الحكم عما عدا السائمة وهي المعلوفة، وهذا هو مفهوم مخالفة بالوصف، فتنزل الصفة وهي السوم منزلة العلة لتعلق الحكم بها[3].

---

(١) اختلفت الروايات التي جاءت في ذكر سائمة الغنم في حديث أنس عن أبي بكر ﷺ، فرواية البخاري: من طريق ثُمامة بن عبد الله بن أنس: أن أنسًا حدثه: أَنَّ أَبَا بَكْرٍ ﷺ كَتَبَ لَهُ هَذَا الْكِتَابَ لَمَّا وَجَّهَهُ إِلَى الْبَحْرَيْنِ: "بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، هَذِهِ فَرِيضَةُ الصَّدَقَةِ الَّتِي فَرَضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى الْمُسْلِمِينَ" وجاء فيه: "وَفِي صَدَقَةِ الْغَنَمِ فِي سَائِمَتِهَا إِذَا كَانَتْ أَرْبَعِينَ إِلَى عِشْرِينَ وَمِائَةٍ شَاةٌ.." (٣٠) كتاب الزكاة (٣٨) باب زكاة الغنم، حديث رقم (١٣٨٦) ٢/٥٢٧-٥٢٨ ورواية أبي داود عن حماد قال: أَخَذْتُ مِنْ ثُمَامَةَ بن عَبْدِ اللَّهِ بن أَنَسٍ كِتَابًا زَعَمَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ كَتَبَهُ لأَنَسٍ، وَعَلَيْهِ خَاتَمُ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ حِينَ بَعَثَهُ مُصَدِّقًا وَكَتَبَهُ لَهُ، " فَإِذَا فِيهِ: "... وَفِي سَائِمَةِ الْغَنَمِ إِذَا كَانَتْ أَرْبَعِينَ فَفِيهَا شَاةٌ إِلَى عِشْرِينَ وَمِائَةٍ، فَإِذَا زَادَتْ عَلَى عِشْرِينَ وَمِائَةٍ..." (٣) كتاب الزكاة (٥) باب في زكاة السائمة، حديث رقم (١٥٦٧) ٢/٦٧٦ ورواية النسائي عن ثُمَامَةَ بن عَبْدِ اللَّهِ بن أَنَسِ بن مَالِكٍ، عَنْ أَنَسِ بن مَالِكٍ، أَنَّ أَبَا بَكْرٍ كَتَبَ لَهُمْ: "إِنَّ هَذِهِ فَرَائِضُ الصَّدَقَةِ الَّتِي فَرَضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى الْمُسْلِمِينَ" وجاء فيه: "وَفِي صَدَقَةِ الْغَنَمِ فِي سَائِمَتِهَا إِذَا كَانَتْ أَرْبَعِينَ، فَفِيهَا شَاةٌ إِلَى عِشْرِينَ وَمِائَةٍ..." (٢٣) كتاب الزكاة، (٥) باب زكاة الإبل، حديث رقم (٢٤٤٧) ٥/١٨-٢١. والسائمة: هي التي تكتفي بالرعي في أكثر حولها. انظر: [المختار، لعبد الله بن مودود الموصلي، ١/١٠٥].

(٢) تخريج الفروع على الأصول، ١٦٢.

(٣) تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني، ١٦٢؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٧.

وقد ذهب إلى نفي حجية مفهوم المخالفة في الصفة بعض العلماء؛ كالحنفية[1]، حيث قالوا: إن الحكم إذا أضيف إلى مسمى بوصف خاص فإن الوصف يكون موجبًا للحكم عند وجود ذلك الوصف، ولا يكون دليلاً على نفي ذلك الحكم عند عدم الوصف، وهذا بناء على أصلهم في نفي قاعدة مفهوم المخالفة؛ ولذلك قال الدبوسي: "الأصل عند علمائنا أن تخصيص الشيء بالذكر والصفة لا ينفي حكم ما عداه، وعند الإمام الشافعي ينفي حكم ما عداه"[2].

كما ذهب إلى نفي مفهوم الصفة المخالف وعدم حجيته على فهم الحكم عند عدم الوصف: طائفة من أصحاب الشافعي[3]، وبعض الحنابلة[4]، والإمام أحمد في إحدى روايتين عنه[5]، وبعض العلماء[6]، وابن حزم[7]؛ بناء على إنكارهم لمفهوم المخالفة، وللأدلَّة التي ذكروها في عدم حجية مفهوم المخالفة، فنحيل إليها خشية التكرار[8].

إلا أن قول الجمهور بالاحتجاج بمفهوم الصفة المخالف هو ما يراه الباحث راجحًا، لما سبق ذكره من الأمور المرجحة للعمل بمفهوم المخالفة، فهو قول أهل

---

(١) انظر المصادر التي سبق ذكرها عن موقف الحنفية من عدم الاحتجاج بمفهوم المخالفة. وانظر أيضًا: [أصول السرخسي، ١/٢٧٠؛ التنقيح في أصول الفقه، والتوضيح شرح التنقيح، لصدر الشريعة، ١/٢٧٠؛ والوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٤٢].

(٢) تأسيس النظر، ٦٤.

(٣) منهاج الوصول، للبيضاوي، ١/٣٧١؛ وشرحه الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ١/٣٧١، ٣٧٢؛ التمهيد، للإسنوي، ٣١١.

(٤) روضة الناظر، لابن قدامة، ٢/٢٢٣؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣١٦؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٨.

(٥) التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني؛ ٢/٢٠٧، القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٨.

(٦) إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٤٨؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦٣.

(٧) النبذ في أصول الفقه الظاهري، ٥٣، ٥٤.

(٨) انظر ما سبق في البند الثاني من هذا المبحث.

اللغة[1]، وقد ردّ الشوكاني على النافين لمفهوم الصفة المخالف بقوله: "ليس في ذلك حجة واضحة؛ لأن المبحث لغوي واستعمال أهل اللغة والشرع لمفهوم الصفة وعملهم به معلوم لكل من له علم بذلك"[2]؛ إذ إنّ المعلوم من لسان العرب أن الشيء إذا كان له وصفان، فوصف بأحدهما دون الآخر كان المراد به ما فيه من تلك الصفة دون الأخرى[3].

٢ – **مفهوم الشرط**: وهو: أن يدل تقييد حكم المنطوق بالشرط على نقيضه عند انتفاء الشرط[4]، والمقصود بالشرط هنا: هو ما دخل عليه أحد الحرفين "إن" أو "إذا" أو ما يقوم مقامهما ممّا يدل على سببية الأول ومسببية الثاني[5]، فاللفظ المقيّد للحكم إذا علق بشرط يدل على انتفائه عند عدم الشرط، ويسمى مفهوم الشرط أيضًا: "مفهوم الشرط والجزاء"[6]؛ كقول القائل: "إذا أتاكم كريم قوم فأكرموه"[7]، أو "إن كان كذا فافعل كذا"[8]، وكقوله تعالى: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾[9]، فالحكم في الآية – وهو حلّ الأخذ من مهر الزوجة – معلق على شرط، هو رضاها، وهذا التعليق بالشرط يدل على حرمة أخذ شيء من مهرها دون رضاها؛ لانتفاء الشرط؛ إذ إنّ مفهوم المخالفة من الآية يدل على أنه إذا لم تطب نفس

---

(١) القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٨؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٣/٢.

(٢) إرشاد الفحول، ٦٣/٢.

(٣) السابق، ٦١/٢.

(٤) منهاج الوصول إلى علم الأصول، للبيضاوي، ٣٧٩/١؛ شرحه: الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ٣٨٠/١.

(٥) هذا هو الشرط اللغوي (في اصطلاح النحاة) وهو المراد هنا. انظر: [إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٣/٢].

(٦) الإحكام، للآمدي، ٤٩/٢.

(٧) المستصفى، للغزالي، ١٨٤/٢؛ الإحكام، للآمدي، ٤٩/٢.

(٨) الإحكام، للآمدي، ٤٩/٢.

(٩) من الآية ١٨٧ من سورة البقرة.

الزوجة عن شيء من مهرها، فلا يحل أخذه[1]، ومفهوم الشرط حجة عند الجمهور – كمفهوم الصفة – فهو قول أكثر المالكية[2]، وأكثر الشافعية[3]، والمصحح عند بعضهم[4]، وهو قول جمهور الحنابلة[5]، والزيدية[6]، والإمامية[7]، والإباضية[8]، بشرط أن لا يظهر للتقييد فائدة غير نفي الحكم، فإن ظهر له فائدة أخرى فإنه لا يدل على النفي[9].

ومفهوم الشرط أقوى من مفهوم الصفة؛ ولذلك قال به بعض المنكرين

---

(1) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٥٥؛ المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٦١.

(2) إحكام الفصول، للباجي، ٤٥٢؛ تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣، وشرحه، ٥٦؛ مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٥.

(3) المنهاج الوصول إلى علم الأصول، للبيضاوي، وشرحه: الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ٣٧٩/١؛ الإحكام، للآمدي، ٤٩/٢؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣١٤؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة -مطبعة الجمهورية، الموصل- ٤٣٤/٢.

(4) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣١١.

(5) التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ٢١/١؛ روضة الناظر، لابن قدامة، ٢١٩/٢؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣١٩؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٩.

(6) معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى -في مقدمة كتابه: البحر الزخار- ٢٠٠/١؛ إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٤٩؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٣/٢؛ شرح الأزهار، لابن مفتاح، ١٧٦/٢.

(7) أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١١٠/١، ١١١؛ تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى، ١٠٣/١، ١٠٥.

(8) العدل والإنصاف في معرفة أصول الفقه والاختلاف، للورجلاني، ١٣٣/١؛ غاية المأمول في علم الفروع والأصول، لمحمد بن شامس البطاشي، ٢٥٤/١؛ فصول الأصول، لخلفان بن جميل السيابي، ٦٥.

(9) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣١٤؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، مطبعة الجمهورية، الموصل، ٤٣٤/٢.

لمفهوم الصفة؛ كبعض الشافعية[1]؛ لأن الشرط كالوصف يشعر بالتعليل[2].

أما نفي حجّية مفهوم الشرط فقد ذهب إليه الحنفية[3]، بناء على أصلهم في إنكار مفهوم المخالفة، كما نفاه بعض المالكية[4]، وبعض الشافعية[5]، منهم أبو حامد الغزالي، حيث يرى أن الشرط إنما يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط، فيقصر عن الدّلالة على الحكم عند عدم الشرط، أما أن يدل على عدمه عند العدم فلا[6]، كما ذُكر نفي حجية مفهوم الشرط المخالف عن بعض الحنابلة[7].

ولمّا كان الأخذ بمفهوم الشرط المخالف معمولاً به في لغة العرب، فإن الشوكاني قد قال قولاً مختصرًا في الرد على منكري الأخذ به، حيث قال: "لا ريب أنه قول مردود، وكلّ ما جاءوا به لا تقوم به الحجة، والأخذ به معلوم من لغة العرب والشرع، فإن من قال لغيره: إن أكرمتني أكرمتك، ومتى جئتني أعطيتك، ونحو ذلك ممًا لا ينبغي أن يقع فيه خلاف بين كل من يفهم لغة العرب، وإنكار ذلك مكابرة، وأحسن ما يقال لمن أنكره: عليك بتعلم لغة العرب، فإنّ إنكارك لهذا يدل على أنك لا تعرفها"[8].

٣ – **مفهوم الغاية**: غاية الشيء يعني: آخره[9]، أو ما ينتهي عنده الشيء[10]،

---

(١) المستصفى، للغزالي، ٨٤/٢؛ الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣٧٩/١.

(٢) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٦.

(٣) أصول السرخسي، ١٧١/١؛ التنقيح في أصول الفقه وشرحه: التوضيح، لصدر الشريعة، ٢٧٥/١؛ الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٤٢.

(٤) إحكام الفصول، للباجي، ٤٥٢/٢.

(٥) الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ٣٧٩/١؛ التمهيد، للإسنوي، ٣١١.

(٦) المستصفى، ٨٤/٢.

(٧) روضة الناظر، لابن قدامة، ٢٢٠/٢؛ المسودة، لآل تيمية، ٣١٩.

(٨) إرشاد الفحول، ٦٤/٢. هكذا العبارة.

(٩) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(١٠) تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى الموسوي، ١١٣/١.

ومفهوم الغاية معناه: مد الحكم على غاية بحرف إلى وحتى[1]، ومفهومه المخالف معناه: أن تقييد الحكم بغاية يدل على نفي الحكم فيما بعد الغاية[2]، وأن الغاية إنما وضعت لرفع الحكم عما بعدها، فالحكم المنطوق به المقيّد بغاية يدل على ثبوت نقيضه لما بعد الغاية؛ كقوله تعالى: ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ﴾ [3]، فمفهوم المخالفة هو نفي الأكل والشرب إذا تبين الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر[4].

ومفهوم الغاية حجة عند الجمهور؛ فهو قول أكثر المالكية[5]، والشافعية[6]، والحنابلة[7]، والزيدية[8]، والإمامية[9]، والإباضية[10]، وحجيّة مفهوم الغاية أقوى من مفهوم الشرط؛ ولذلك قال به بعض المنكرين لمفهوم الشرط[11].

---

(١) المستصفى، للغزالي، ٢/١٨٥؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦٥.

(٢) الإحكام، للآمدي، ٢/٦٤؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى -في مقدمة كتابه: البحر الزخار- ١/١٧٢،إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦٦.

(٣) من الآية ١٨٧ من سورة البقرة.

(٤) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٥٤.

(٥) إحكام الفصول، للباجي، ٤٤٥٣؛ تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣؛ مفتاح الوصول، للتلمساني، ٩٥.

(٦) الإحكام، للآمدي، ٢/٤٩، ٦٤.

(٧) روضة الناظر، لابن قدامة، ٢/٢١٨- ٢١٩؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٩.

(٨) معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى- في مقدمة كتابه: البحر الزخار- ١/١٧١، ١٧٢، ٢٠٠؛ إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٤٩، ٢٥٠؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦٥؛ شرح الأزهار، لابن مفتاح، ١/١٧٧.

(٩) أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/١٢٥؛ تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى الموسوي، ١/١١٤.

(١٠) العدل والإنصاف، للورجلاني، ١/١٣٣؛ غاية المأمول، لمحمد بن شامس البطاشي، ١/٢٥٤.

(١١) القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٩.

وقد أنكره الحنفية والظاهرية اطّرادا لأصلهم في إنكار مفهوم المخالفة، كما أنكره جماعة من الفقهاء والمتكلمين[١] وبعض المالكية[٢]، وقالوا: إن مفهوم الغاية المخالف لا يدل على نفي الحكم فيما بعد الغاية؛ لأن اللفظ بصريحه لم يدل على نفي الحكم بعد الغاية، وأنّ الكلام إذا ورد مغيًّا بغاية فإنه نطق بما قبل الغاية وسكوت عماّ بعدها، فيبقى ما كان على ما كان قبل النطق[٣].

وهذا يجاب عنه: بأن الغاية تدل على آخر الشيء، وورود الحكم بغاية يقتضي ثبوت الحكم بغايته وثبوت نقيضه فيما بعد الغاية، كما أن العمل بمفهوم الغاية معلوم من لغة العرب، ولا توجد حجة قوية تمنع العمل به، بل إن القائلين بإنكار مفهوم الغاية المخالف "لم يتمسكوا بشيء يصلح للتمسك به قط، بل صمّموا على منعه، طردًا لباب المنع من العمل بالمفاهيم، وليس ذلك بشيء"[٤].

٤ – **مفهوم العدد:** مفهوم العدد المخالف معناه: أن تقييد الحكم بعدد مخصوص يدل على انتفاء الحكم فيما عدا ذلك، فإذا قيد الحكم المنطوق به بعدد معين فإن ذلك يدل على ثبوت نقيضه عند انتفاء العدد زيادة أو نقصًا[٥]؛ كقوله تعالى في رمي المحصنات: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً ﴾[٦]، فالتقدير بالعدد وهو "ثمانين" تحديد للمعدود لا تجوز معه الزيادة أو النقص، ومفهومه المخالف هو نفي جلد القاذف أكثر من ثمانين جلدة أو أقل من ذلك[٧].

---

(١) المستصفى، للغزالي، ٨٦/٢؛ الإحكام، للآمدي، ٦٥/٢.

(٢) إحكام الفصول، للباجي، ٤٥٣.

(٣) المستصفى، للغزالي، ٨٦/٢؛ الإحكام للآمدي، ٦٥/٢.

(٤) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٦/٢.

(٥) الإحكام للآمدي، ٦٦/٢؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٤/٢.

(٦) من الآية ٤ من سورة النور.

(٧) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٥٥.

ومفهوم العدد حجة عند الجمهور؛ فهو قول المالكية[1]، وجمهور الشافعية[2]، وبعض الحنابلة[3]، وهو قول الزيدية[4].

وقد ذهب إلى نفيه بعض الشافعية[5]، وبعض الحنابلة[6]، وهو مذهب الإمامية الذين قالوا: بأن التحديد بالعدد لا مفهوم له، وأنه مفهوم من السياق[7].

ولم يرد عن النافين له حجة، ولذلك يترجح الاحتجاج بمفهوم العدد المخالف؛ لأن العمل به معلوم لغة وشرعًا، أما من حيث اللغة: فإن من أمر غيره بأمر وقيده بعدد مخصوص فزاد المأمور على ذلك العدد أو نقص عنه فأنكر عليه الآمر الزيادة أو النقص كان هذا الإنكار مقبولاً عند كل من يعرف لغة العرب، فإن ادعى المأمور أنه قد فعل ما أمر به مع كونه نقص منه أو زاد عليه كانت دعواه هذه مردودة عند كل من يعرف لغة العرب[8]، وأما شرعًا: فلورود كثير من الأوامر في الشرع مقيدة بعدد؛ كجلد الزاني مائة، وحد القاذف ثمانين، وفرائض الإرث، فيعمل بمفهوم المخالفة للعدد لا تجوز معه الزيادة والنقصان.

---

(١) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣؛ مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٦.

(٢) المنهاج، للبيضاوي، وشرحه: الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ٣٨١/١؛ التمهيد، للإسنوي، ٣١٧؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، مطبوعات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بقطر، ط٢، ١٤٢٠هـ-١٩٩٠، ١١٨/١.

(٣) العدة في أصول الفقه، للفراء، ٤٥٩/٢، ٤٦٠؛ التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ٢١/١؛ روضة الناظر، لابن قدامة، ٢٢٤/٢؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣١٥.

(٤) إجابة السائل، لابن الأمير ٢٥٠؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٤/٢؛ شرح الأزهار، لابن مفتاح، ١٧٧/١.

(٥) الإحكام، للآمدي، ٦٦/٢؛ الإبهاج في شرح المنهاج، لتاج الدين السبكي، ٣٨١/١، ٣٨٢.

(٦) القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٦٠.

(٧) أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١٢٩/١؛ تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى الموسوي، ١١٧/١.

(٨) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٥/٢.

٥ – **مفهوم الزمان**[١]: وهو تقييد الخطاب وتعليقه بالظرف المقدر، ومعنى مفهومه المخالف: أن يدل الخطاب على نفي الحكم عند انقضاء الزمان[٢]؛ كقوله تعالى: ﴿ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَـٰتٌ﴾[٣]، وقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْا۟ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ﴾[٤]، وكقولك: "سافرت يوم الجمعة"[٥]، ومفهوم الزمان داخل في مفهوم الصفة باعتبار متعلق الظرف المقدر بالزمان[٦].

٦ – **مفهوم المكان**[٧]: وهو تقييد الخطاب وتعليقه بالمكان[٨]، ومعنى مفهومه المخالف: أن يدل على نفي الحكم في غير المكان المعلق بالخطاب، ومثاله: "جلست أمام زيد"[٩]، ومفهوم المكان راجع إلى مفهوم الصفة باعتبار متعلق المكان[١٠].

٧ – **مفهوم اللقب**: ويسمى: "مفهوم الاسم"[١١]، وهو: تعليق الحكم بالاسم العلم، نحو:

---

(١) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣، مفتاح الوصول، للتلمساني، ٩٦؛ التمهيد، للإسنوي، ٣٢٢؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٩/٢؛ غاية المأمول، لمحمد بن شامس البطاشي، ٢٥٤/١، فصول الأصول، لخلفان بن جميل السيابي، ٦٤.

(٢) التمهيد، للإسنوي، ٣٢٢، إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٩/٢.

(٣) من الآية ١٩٧ من سورة البقرة.

(٤) من الآية ٩ من سورة الجمعة.

(٥) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣.

(٦) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٩/٢.

(٧) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣؛ التمهيد، للإسنوي، ٣٢٢؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٩/٢؛ غاية المأمول في علم الفروع والأصول، لمحمد بن شامس البطاشي، ٢٥٤/١.

(٨) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٩/٢.

(٩) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣.

(١٠) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٩/٢.

(١١) المنهاج، للبيضاوي، ٣٦٩/١؛ الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ٣٧٠/١؛ العدة في أصول الفقه، للفراء، ٢٤٩/٢؛ العدل والإنصاف، للورجلاني، ١٣٦/١.

"قام زيد"، أو باسم النوع نحو: "في الغنم الزكاة"[1]، غير أنه لمّا كان مفهوم اللقب متعلق بالاسم فقد قيل في معناه: بأنه "تخصيص اسم بحكم"[2]، أو "تعليق الحكم على مجرد أسماء الذوات"[3].

واللقب: هو اللفظ الجامد الذي ورد في النصّ اسما وعلما على الذات المسند إليها الحكم المذكور[4]، ففي حديث زكاة الغنم[5] يعتبر لفظ الغنم اسم للحيوان المعروف الذي أُوجبت فيه زكاة، ولا يفهم لغة ولا شرعًا ولا عرفًا أن ذكر الغنم احتراز عما عداها من السوائم، ولا يفهم من إيجاب الزكاة في الغنم أن لا زكاة في الإبل والبقر وغيرهما[6]؛ ومعنى مفهوم اللقب: نفي الحكم عما لا يتناوله عموم الاسم[7]،ولأجل هذا ولكون مفهوم المخالفة في اللقب لا يُقصد بذكره تقييد ولا تخصيص ولا احتراز عما عداه[8] فإنه لم ينقل القول بحجيته إلا عن قليل من الشافعية[9]، وقليل من الحنابلة[10]، مخالفين بهذا مذهب الجمهور بنفي حجية مفهوم المخالفة في اللقب، بمعنى: أن الجمهور يقولون بأن تخصيص الشيء باسمه لا يدل

---

(1) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦٦.

(2) القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٦٠.

(3) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣.

(4) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٥٥.

(5) الحديث سبق تخريجه ص. ١٥٢ من هذا البحث.

(6) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٥٥.

(7) أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/١٣٠.

(8) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٥٥.

(9) نقل هذا عن الدقاق فقط – من الشافعية– انظر: المنهاج، للبيضاوي، وشرحه: الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ١/٣٦٩، ٣٧٠؛ الإحكام، للآمدي، ٢/٦٦؛ التمهيد، للإسنوي، ٣٢٣].

(10) روضة الناظر، لابن قدامة، وشرحه: نزهة الخاطر، لعبد القادر بدران، ٢/٢٢٤، ٢٢٥؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣١٥؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢/٣٨؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٦٠.

على نفي الحكم عن غيره[1]، وهذا هو مذهب المالكيــة[2]، وجمهــور الــشافعية[3]، وجمهور الحنابلة[4]، وهو مذهب الزيدية[5]، والإمامية[6]، والإباضية[7]، كما أن نفــي مفهوم المخالفة في اللقب هو مذهب الحنفية، بناء على أصلهم المطرد في نفي مفهوم المخالفة بصفة عامة[8].

ومعنى حجية مفهوم المخالفة باللقب عند القائلين به: أن تخصيص الــشيء باسمه يدل على نفي الحكم عما عداه؛ لأن التخصيص لا بُدَّ له من فائدة[9].

وهذا يجاب عنه: بأنه إنما أسقط الاحتجاج بمفهوم اللقب المخــالف؛ لأنــه ليس فيه دلالة من حيث اللفظ، بل هو نطق بشيء وسكوت عن شــيء[10]، كمــا أن القيد في مفهوم اللقب لا يشعر بالإيماء إلى العلية، بخلاف الشرط، ونحوه[11]،إضــافة إلى أنه لو كان مفهوم اللقب حجة ودليلاً للزم من قول القائل: "عيسى رسول الله"، أن

---

(١) المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣١٥.

(٢) تنقيح الفصول، القرافي، ٥٣؛ وشرحه، للمؤلف نفسه، ٥٦؛ مفتاح الوصول، للتلمساني، ٩٧.

(٣) المستصفى، للغزالي، ٨٧/٢؛ المنهاج، للبيضاوي، وشرحه: الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ٣٦٩/١، ٣٧٠، ٣٨٣؛ التمهيد، للإسنوي، ٣٢٣.

(٤) روضة الناظر، لابن قدامة، ٢٢٥/٢؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣١٥.

(٥) معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى -في مقدمة كتابه: البحر الزخار- ١٧١/١؛ إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٤٥؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٦/٢؛ شرح الأزهار، لابن مفتاح، ١٧٦/١.

(٦) أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١٣٠/١؛ تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى الموسوي، ١١٢/١، ١١٧.

(٧) العدل والإنصاف، للورجلاني، ١٣٦/١.

(٨) التنقيح في أصول الفقه، وشرحه التوضيح، لصدر الشريعة، ٢٦٨/١.

(٩) التمهيد، للإسنوي، ٣٢٣.

(١٠) المستصفى، للغزالي، ٨٧/٢.

(١١) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٦.

يكون ذلك دالاً على نفي رسالة غيره من الرسل، وكذا لو قال قائل: "محمد رسول الله"، للزم من ذلك القول أن يكون ذلك دالاً على نفي رسالة غيره من الرسل، وكذلك إذا قال قائل: "زيد موجود"، فكأنه قال: "الإله ليس بموجود"، وهو كفر صراح، ولم يقل بذلك قائل(١).

واحتجوا أيضًا بأنه لو تخاصم شخصان، فقال أحدهما للآخر: "أما أنا فليس لي أم ولا أخت ولا امرأة زانية"، فإنه يتبادر إلى الفهم نسبة الزنى منه إلى زوجة خصمه وأمه وأخته(٢).

ويجاب عن ذلك: بأن هذا القول إنْ فُهم منه هذا الفهم فإنما يفهم من قرينة الحال لا من دلالة المقال(٣)، كما أنه لا توجد حجة تنهض للعمل بمفهوم اللقب المخالف، ولذلك فإن رأي الجمهور هو الراجح، ولهذا قال الشوكاني: "والحاصل أن القائل به كلاً أو بعضًا(٤) لم يأتِ بحجة لغوية، ولا شرعية، ولا عقلية، ومعلوم من لسان العرب أن من قال: "رأيت زيدًا"، لم يقتض أنه لم ير غيره قطعًا، وأما إذا دلت القرينة على العمل به فذلك ليس إلا لقرينة، فهو خارج عن محل النزاع"(٥)، ولهذا

---

(١) الإحكام، للآمدي، ٢/٦٧؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣٢٣.

(٢) الإحكام، للآمدي، ٢/٦٧. وقال: ولهذا قال أصحاب أحمد ومالك بوجوب حد القذف على القائل.

(٣) الإحكام، للآمدي، ٢/٦٨. وقال: ولهذا لم يكن حد القذف بذلك القول واجبًا عند الشافعية.

(٤) يبدو أن الشوكاني يشير بذلك إلى ما ذهب إليه بعض العلماء من أن مفهوم اللقب حجة في أسماء الأنواع، كالغنم، دون أسماء الأشخاص، كزيد، وهذا هو ما حمل عليه قول من قال بحجية مفهوم اللقب، أي أنه حجة في اسم الجنس، لا اسم العين. انظر: [التمهيد، للإسنوي، ٣٢٣؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٦٠].

(٥) إرشاد الفحول، ٢/٦٧، وقد نقل تاج الدين السبكي، عن علماء الأصول ما يدل على المبالغة في الرد على القائلين بحجية مفهوم اللقب المخالف، حيث قال: "وقد سفه علماء الأصول الدقاق، ومن قال بمقالته، وقالوا: هذا خروج عن مفاوضات الكلام، فإن من قال: رأيت زيدًا، لم يقتض ذلك أنه لم ير ه قطعًا". انظر: [الإبهاج في شرح منهاج الوصول، ١/٣٧٠].

كله اعتبر مفهوم اللقب أضعف المفهومات[1].

٨ – **مفهوم الحصر**: وهو إثبات نقيض حكم المنطوق به للمسكوت عنه بصيغة إنما ونحوها[2]، كقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ﴾ [3]، وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَخْشَى ٱللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ ٱلْعُلَمَٰٓؤُا۟﴾[4]، ففي الآيتين حصر للمذكور فيهما[5]، ونفي ما عدا ذلك بمفهوم المخالفة.

ومفهوم الحصر حجّة عند الجمهور[6]، لأن الحصر يدلّ على نفي الحكم عن غير المنصوص عليه[7]، ويضيف بعض العلماء إلى القول بحجية مفهوم الحصر المخالف: أنه وإن كان تقييد الحكم بإنما يدل على الحصر كما هو ظاهر فيه إلا أنه محتمل للتأكيد[8]، فمما يدل على الحصر: قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ﴾، وقوله

(١) أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/١٣٠؛ فصول الأصول، لخلفان بن جميل السيابي، ٦٥.

(٢) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٧.

(٣) من الآية ١٧١ من سورة النساء.

(٤) من الآية ٢٨ من سورة فاطر.

(٥) المستصفى، للغزالي، ٢/٨٥.

(٦) إحكام الفصول، للباجي، ٢/٤٤١؛ تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣، ٥٧؛ الإحكام، للآمدي، ٢/٦٨؛ التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ١/٢١، ٢/٢٢٤؛ روضة الناظر، لابن قدامة، ٢/٢١٤؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣١٦؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى، في مقدمة كتابه: البحر الزخار، ١/٢٠٠؛ إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٥١؛ شرح الأزهار، لابن مفتاح، ١/١٧٧؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦٧؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/١٢٦؛ غاية المأمول في علم الفروع والأصول، لمحمد بن شامس البطاشي، ١/٢٥٦؛ فصول الأصول، لخلفان بن جميل السيابي، ٦٤.

(٧) إحكام الفصول، للباجي، ٢/٤٤١.

(٨) المستصفى، للغزالي، ٢/٨٥؛ الإحكام، للآمدي، ٢/٦٨.

تعالى: ﴿إِنَّمَا يَخْشَى ٱللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ ٱلْعُلَمَٰٓؤُاْ﴾[1]، ومما يراد به التأكيد: قول القائل: "إنما العالم في البلد زيد"، فإنه قد يريد بذلك الكمال والتأكيد[2].

وقد أنكر حجية مفهوم الحصر بعض المنكرين لمفهوم المخالفة، اطرادا لإنكارهم دليل الخطاب، وقالوا: إنه لا دلالة لمفهوم الحصر على الحصر[3]، ولم يأت هؤلاء بحجة؛ ولذلك رجح الشوكاني قول الجمهور بقوله – عن مفهوم الحصر –: "هو من قبيل المفهوم عند الجمهور، وهو الراجح، والعمل به معلوم من لغة العرب، ولم يأت من لم يعمل به بحجة مقبولة"[4].

٩ – **مفهوم الاستثناء**[5]: ومثاله: قوله تعالى: ﴿لَآ إِلَٰهَ إِلَّا ٱللَّهُ﴾ [6]، وقول القائل: "لا عالم في البلد إلا زيدًا "، و "قام القوم إلا زيدًا "، فهذا صريح في النفي والإثبات، فمن قال: "لا إله إلا الله" لم يقتصر على نفي الألوهية عما عدا الله؛ بل أثبت لله تعالى الألوهية ونفاها عن غيره[7].

١٠ – **مفهوم العلة**[8]: وهو تعليق الحكم بالعلة[9]، نحو قوله ﷺ: «مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ

---

(١) المستصفى للغزالي، ٢/٨٥. وقد سبق الإشارة إلى موضع الآيتين.

(٢) المستصفى، للغزالي، ٢/٨٥.

(٣) المستصفى للغزالي، ٢/٨٥؛ الإحكام، للآمدي، ٢/٦٨؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٣١٦.

(٤) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦٧. والشوكاني رد بهذا على من اعتبر مفهوم الحصر من قبيل المنطوق، وانظر في هذا الرد أيضًا: [معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى، في مقدمة كتابه: البحر الزخار، ١/٢٠٠].

(٥) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣؛ المستصفى، للغزالي، ٢/٨٦؛ الإحكام، للآمدي، ٢/٥٠؛ تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى الموسوي، ١/١١٤؛ غاية المأمول في علم الفروع الأصول، لمحمد بن شامس البطاش، ١/٢٥٦؛ فصول الأصول، لخلفان السيابي، ٦٥

(٦) من الآية ٣٥ من سورة الصافات.

(٧) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣، المستصفى، للغزالي، ٢/٨٦، الإحكام للآمدي، ٢/٥٠.

(٨) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣؛ وإرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦٣.

(٩) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦٣.

فقليلهُ حَرَامٌ»[1]، فالعلة المفهومة من التحريم هي الإسكار.

١١ – **مفهوم الحال:** وهو تقييد الخطاب بالحال، ولا يعتبر هذا المفهوم نوعًا مستقلاً، بل هو نوع من جملة مفاهيم الصفة، لأن المراد الصفة المعنويّة لا النعت، وإنما أفرد بالذكر تكميلاً للفائدة[2].

ما يستنتج من قواعد تتعلق بأنواع مفاهيم المخالفة

من خلال ما سبق يتبين لنا ما يلي: –

أولاً: أن أشهر أنواع المفاهيم هو مفهوم الصفة، ويدخل فيه كثير من المفاهيم، مثل: مفهوم الزمان، ومفهوم المكان، ومفهوم الحال، وإنما أفردت مستقلة تكميلاً للفائدة، وهي ترجع في حقيقتها إلى مفهوم الصفة، للعلاقة بين هذه المفاهيم وبين مفهوم الصفة، فهذه المفاهيم واصفة للزمان والمكان والحال.

ثانيًا: أن مفهوم اللقب من أشهر أنواع المفاهيم في عدم حجيته، ويلحق به ما يسمى بمفهوم الاسم المشتق الدال على الجنس، فهذا المفهوم قد أفرده بعض العلماء بالذكر[3]، ولكنهم ألحقوه بمفهوم اللقب، ولعل السبب في ذلك هو التقارب بين تسمية مفهوم اللقب وبين هذا المفهوم، فمفهوم اللقب يسمى: "مفهوم الاسم"، كما أن معنى مفهوم الاسم شامل لمفهوم الاسم المشتق الدال على الجنس، إذ إنّ مفهوم الاسم هو "تقييد الحكم أو الخبر بالاسم، علمًا كان أو اسم جنس"[4]؛ كقولك: "قام زيد"، أو "قام الناس"، فهذا لا يدل على نفي الحكم عما عداه[5]، ولذلك كان حكمه قريبًا من مفهوم

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٢٣٥. من هذا البحث

(٢) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٦٩/٢.

(٣) المستصفى، للغزالي، ٨٣/٢؛ والإحكام، للآمدي، ٥٠/٢.

(٤) الإبهاج شرح منهاج البيضاوي، لتاج الدين السبكي، ٣٦٩/١.

(٥) السابق، نفس الجزء نفس الصفحة.

اللقب، فتعليق الحكم بالاسم لا يدل على نفي الحكم عما عداه(١).

ثالثًا: أن المفاهيم من حيث القوة والضعف مراتب؛ لأن أقسام مفهوم المخالفة ليست في مرتبة واحدة من حيث حجيتها، بل هي متفاوتة في القوة والضعف(٢)، فأضعفها مفهوم اللقب(٣)، وأما أقواها فهو متردد عند بعض العلماء بين مفهوم الصفة ومفهوم الشرط ومفهوم الغاية، فمن قوى مفهوم الصفة اعتبره رأس المفاهيم؛ باعتبار أن كثيرًا من المفاهيم تندرج تحته(٤)، ومن قوى مفهوم الشرط اعتبره أقوى من مفهوم الصفة؛ لأنه قال به بعض من لم يقل بمفهوم الصفة(٥)، ومن قوى مفهوم الغاية اعتبره أقوى من مفهوم الشرط؛ لأنه قال به بعض من لم يقل بمفهوم الشرط(٦)، وقد رتب الإمام الغزالي المفاهيم من حيث درجاتها إلى ثمان رتب.

فجعل **الأولى:** مفهوم اللقب، وهذا أبعد المفاهيم وأضعفها، وقال ببطلانه معظم العلماء.

و**الثانية:** مفهوم الاسم المشتق الدال على جنس، وهذا يظهر إلحاقه باللقب.

و**الثالثة:** تخصيص الأوصاف التي تطرأ أو تزول، كما لو قال: السائمة تجب فيها زكاة، فلأجل أن السوم يطرأ ويزول، ففيه جهل بمعرفة سبب التخصيص، وهذا المفهوم ضعيف، ومنشؤه الجهل بمعرفة الباعث على التخصيص.

و**الرابعة:** الإسم العام إذا ذُكرت بعده الصفة الخاصَّة في معرض الاستدراك والبيان؛

---

(١) السابق، نفس الجزء نفس الصفحة.

(٢) الإحكام، للآمدي، ٤٩/٢؛ مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٧.

(٣) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣؛ وشرحه، للمؤلف نفسه، ٥٦.

(٤) الإبهاج في شرح منهاج الوصول للبيضاوي، لتاج الدين السبكي، ٣٧١/١.

(٥) الإبهاج في شرح منهاج الوصول للبيضاوي، لتاج الدين السبكي، ٣٧٩/١؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٩.

(٦) القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٩.

كما لو قال: في الغنم السائمة زكاة، فإنه ذكر الغنم وهي عامة، فلو كان الحكم يعممها لما أنشأ بعده استدراكًا، لكن الصحيح أن مجرد هذا التخصيص من غير قرينة لا مفهوم له، فيرجع حاصل الكلام إلى سبب الاستدراك، ويجوز أن يكون له سبب سوى اختصاص الحكم لم نعرفه.

والخامسة: الشرط؛ لأنه يدل على ثبوت الحكم عند وجود الشرط فقط، فيقصر عن الدّلالة على الحكم عند عدم الشرط، أما أن يدل على عدمه عند العدم فلا.

والسادسة: الحصر بإنما؛ فإنه ظاهر في الحصر، كقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱللَّهُ إِلَٰهٌ وَٰحِدٌ﴾[1].

والسابعة: مفهوم الغاية؛ لأن الإثبات مقصورٌ أو مردودٌ إلى الغاية المذكورة، ويكون ما بعد الغاية كما قبل البداية، فهذه الرتبة أضعف في الدّلالة على النفي ممّا قبلها.

والثامنة: الحصر بإلاّ في النفي والإثبات؛ كقولنا: لا عالم في البلد إلا زيد، فهو صريح في النفي والإثبات؛ وكقولنا: لا إله إلا الله، فإنه لم يقتصر على النفي، بل أثبت لله تعالى الألوهية، ونفاها عن غيره[2].

وفوارق الترتيب عند الغزالي في قوة المفاهيم ترجع إلى القوة في دلالة المفهوم على نفي الحكم وإثباته، فحيث كانت الصيغة صريحة في النفي والإثبات كانت أقوى المفاهيم؛ كمفهوم الحصر بإلاّ، وحيث كانت الصيغة غير واضحة وصريحة في النفي والإثبات كانت أضعف المفاهيم؛ كمفهوم اللقب.

---

(١) من الآية ١٧١ من سورة النساء.

(٢) المستصفى، ٢/٨٣- ٨٦، أ. هـ. بتصرف.

الفصل الثاني

قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في القانون اليمني ومقارنتها بتلك القواعد في الشريعة الإسلامية

ويشتمل على: -

المبحث الأول: قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في القانون اليمني.

المبحث الثاني: النُصوص التشريعيّة الدالة على الأخذ بقواعد دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في تفسير القانون وتطبيقه.

المبحث الثالث: المقارنة بين قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في الشريعة الإسلامية وبين تلك القواعد في القانون اليمني.

قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في القانون اليمني

لا تتضح قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام في منطوقها ومفهومها إلا من خلال دراسة القواعد اللغوية لدلالة الألفاظ على معانيها التي يعرض لها فقهاء القانون[1] ومنهم فقهاء القانون اليمني[2] عند كلامهم عن تفسير القانون لإمكان تطبيقه في الواقع، فيعرفون تفسير القانون، ويذكرون أنواعه وطرقه وقواعده، وهذا سيتم تناوله على النحو التالي: –

أولاً: معنى التفسير عند فقهاء القانون

تفسير القانون عند فقهائه، أو (تفسير القاعدة القانونية) هو: "الاستدلال على ما تتضمنه القواعد القانونية من حكم، وتحديد المعنى الذي تتضمنه هذه القاعدة، حتى

---

(١) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٢٢٥– ٣٣٣؛ القاعدة القانونية (مدخل إلى دراسة القانون الوضعي)، د. محمد طه بدوي، ملتزم الطبع والنشر دار المعارف بمصر ١٩٥٤م ١٠٦– ١٠٩؛ أصول القانون أو (المدخل لدراسة القانون)، تأليف: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ود. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٣٥– ٢٤٧؛ المدخل للعلوم القانونية (موجز النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، د. توفيق حسن فرج، ٢٠٩، ٢١٨– ٢٢٤؛ تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية (النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهين الوضعي والإسلامي)، د. محمد صبري السعدي، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م، ١٩٧، ١٩٨، ١٩٩.

(٢) الوجيز في مدخل القانون د. محمد بن حسين الشامي، ١٠٧– ١٠٩، ١١٢– ١١٥؛ شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٠٢، ١٠٣؛ دروس في مدخل القانون، عميد دكتور: عوض محمد يعيش، ٧١– ٧٤؛ شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني، د. محمد محمد شجاع، ٢٢.

يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية"[1]، والمقصود منه: توضيح ما أُبهم من ألفاظ النُّصوص التشريعيَّة، وتكميل ما قصر في نصوصه، وتخريج ما نقص من أحكامه، ورفع ما قد يقع من تناقض بين هذه النُّصوص[2]، أي أن المقصود من تفسير القانون: توضيح معنى عباراته الغامضة التي تحتاج إلى شرح لبيان مدلولها، ومحاولة سد الفراغ في النُّصوص القانونية عند اكتشاف واقعة لا يوجد نصٌّ قانوني صريح ينطبق عليها[3].

وللتفسير أهمية في تطبيق القانون، إذ إنَّ تطبيق القاعدة القانونية على الحالات الخاصَّة كثيرًا ما تعترضه صعوبات جسيمة، إذ ينبغي الوقوف على المعنى الحقيقي والنطاق الدقيق لها حتى يُعرف ما إذا كان من الممكن تطبيقها في شأن الحالات الخاصَّة[4]، أي أنه لإمكان تطبيق القاعدة القانونية على فروض الواقع لا بد من تفسيرها وذلك بالوقوف على معنى ما تتضمنه من حكم، والبحث عن الحكم الواجب إعطائه لما قد يعرض في التطبيق من فروض لم تواجهها القاعدة القانونية[5]؛ ولهذا فإن التفسير يهدف إلى فهم مضمون القاعدة القانونية، وذلك بإدراك

---

(1) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢٠٩.

(2) أصول القانون، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٣٥؛ القاعدة القانونية، د. محمد طه بدوي، ١٠٥؛ محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٢٤، وانظر في القانون اليمني: [الوجيز في مدخل القانون، د. محمد حسين الشامي، ١٠٧، حيث عرّف التفسير، بأنه: "إعطاء المعنى الصحيح للنص المراد تفسيره"]. وانظر أيضًا:شرح الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٠٢، حيث عرف التفسير بأنه: "تحديد المعنى الذي يقصده الشارع من اللفظ لجعله صالحًا للتطبيق على وقائع الحياة"].

(3) بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون (أصول القانون مقارنة بأصول الفقه)، د. محمد عبد الجواد محمد، الناشر: منشأة المعارف، بالإسكندرية، ١٤١١هـ - ١٩٩٩، ٢٠٥.

(4) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢٠٩.

(5) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٢٤، والتفسير لا يكون إلا بالنسبة للمصدر الذي يأتي بالمعنى واللفظ معًا عند بعض فقهاء القانون. انظر: [أصول القانون، د. عبد الرزاق

روح النص، ليصل المفسر إلى معرفة جميع العناصر التي يتكون منها القصد الحقيقي من التشريع[1]، ومن هنا تتضح أهمية دلالات الألفاظ في تفسير النصوص القانونية.

ثانيًا: أنواع التفسير عن فقهاء القانون

التفسير عند فقهاء القانون ينقسم إلى أنواع ثلاثة: تفسير تشريعي، وتفسير قضائي، وتفسير فقهي، إلاّ أن العادة جارية بأن يقوم القضاء والفقه بالتفسير، ونادرًا ما يقوم المشرع نفسه بالتفسير[2].

١ – **التفسير التشريعي:** هو "الذي يقوم به المشرع نفسه"[3]، فيُصدر المشرع ذلك التفسير لقانون سابق لم تهتد المحاكم إلى تبيين قصده؛ لملاقاتها صعوبات لتفهُّم نصوص القانون[4]، لما يُحتمل أن يكون في عبارة القاعدة القانونية من لَبس أو

أحمد السنهوري، و د. أبو ستيت، ٢٣٦]. كما أن للتفسير معنى أوسع فهو ينصرف لا إلى التشريع وحده، ولكن إلى بقية المصادر الرسمية الأخرى للقانون، كالعرف، والدين، والقضاء في البلاد التي تعده مصدرًا رسميًا للقانون فيها. انظر: [محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٢٤].

(١) تفسير النُصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ١٩٩.

(٢) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٢٥؛ القاعدة القانونية، د. محمد طه بدوي، ١٠٦؛ المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٠؛ أصول القانون، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٣٧؛ بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون (أصول القانون مقارنة بأصول الفقه)، د. محمد عبد الجواد محمد، ٢٠٥، ٢٠٦؛ وانظر عند فقهاء القانون اليمني:الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٠٧؛ شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٠٢، ١٠٣. دروس في مدخل القانون، عميد دكتور: عوض محمد يعيش، ٦٩].

(٣) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٠.

(٤) أصول القانون، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ود. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٣٧؛ والقاعدة القانونية، د. محمد طه بدوي، ١٠٦.

غموض، وهو ما يعني ظهور بعض الاضطراب في تطبيق القانون عمليًا، فتقوم السلطة التي قننت القانون بتفسير هذا الغموض أو اللبس لرفع الاضطراب في تطبيقه[1]، فقد يثور الخلاف بين المحاكم حول تفسير قصد المشرع ممًا يؤدي إلى أن بعضها قد يقضي بخلاف ما هو مقصود من التشريع، فيتدخل المشرع نفسه لكي يحسم الأمر ويوضحه، فيضع بذلك حدًا لما يمكن أن يثور بالنسبة للوصول إلى قصده، وذلك عن طريق وضع تشريع تفسيري يزيل الغموض ويضع به حدًّا للخلاف[2]، ويكون هذا التفسير ملزمًا للقاضي فيتقيد به عندما يعرض لتطبيق التشريع الأصلي الذي جاء التفسير بصدده[3].

٢ - **التفسير القضائي:** هو الذي يقوم به القضاة بمناسبة تطبيق القانون أثناء نظر الدعاوى التي ترفع إليهم، حتى يتوصلوا بذلك إلى معرفة حكم القانون في تلك الدعوى؛ لأن مهمتهم هي بيان حكم القانون إذا ما عرض الخصوم لهم وقائع الدعاوى[4]، ولهذا فالتفسير القضائي يتناول حالات خاصة، هي تفسير التشريع عند تطبيق نصوصه على الأقضية التي ترفع إلى القضاء، والتفسير القضائي يغلب عليه الطابع العملي (الواقعي)؛ لأن المحاكم تطبق القانون وتفسره بطريقة عملية أثناء فض

---

(١) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٠٧.

ومما يذكر في التفسير التشريعي أن الأصل أن يصدر التفسير التشريعي من السلطة التي أصدرت التشريع الأول المراد تفسيره، ولكنها قد تفوض ذلك إلى سلطة أخرى كالسلطة التنفيذية. انظر: [المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٠؛ أصول القانون، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٣٧].

(٢) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٠.

(٣) أصول القانون، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٣٧؛ المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٢.

(٤) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٢؛ أصول القانون، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ود. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٣٨؛ القاعدة القانونية، د. محمد طه بدوي، ١٠٦؛ الوجيز في مدخل القانون د.محمد بن حسين الشامي، ١٠٨.

الخصومات، وهدفه إقرار الحق ورفع الظلم[1]، ولهذا فهو وسيلة بالنسبة للقاضي لا غاية؛ لأنه لأجل الفصل في النزاع المعروض.

٣ – **التفسير الفقهي**: هو التفسير الذي يقوم به فقهاء القانون في مؤلفاتهم وأبحاثهم[2] ودراستهم للقانون دراسة علمية[3]، وهذا النوع من التفسير لا يتناول حالات خاصة – كما هو الحال في التفسير القضائي – وإنما يقوم الفقيه باستخلاص حكم القانون الذي يرمي إليه المشرع مجردًا عن الظروف الواقعية؛ لأنه لا يعرض لحالات واقعية يُطلب منه الفصل فيها كما هو الأمر بالنسبة للقضاء[4]، أي أنه يغلب عليه الطابع النظري، بخلاف التفسير القضائي فإنه يغلب عليه الطابع العملي، والتفسير القضائي والتفسير الفقهي متعاونان، وهذا أمر مسلّم به؛ لأن القاضي في أثناء الفصل فيما يعرض عليه من منازعات يستعين بآراء فقهاء القانون في تفسير القانون، وكذلك فقهاء القانون أثناء دراستهم لتفسير القانون يُدْخِلون في اعتبارهم ما تتجه إليه أحكام المحاكم، محاولين قدر المستطاع ربط آرائهم الفقهية بالاتّجاهات العملية[5].

وعلى كل حال فإن تفسير القوانين بأنواعها الثلاثة يعتمد على القواعد الأصولية اللغوية، وفي هذا يقول الدكتور/ عبد الكريم زيدان: "وقواعد تفسير

---

(١) أصول القانون، د. عبد الرازق أحمد السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٣٨؛ الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٠٨؛ المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٢.

(٢) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ١٢٣؛ والوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٠٨.

(٣) القاعدة القانونية، د. محمد طه بدوي، ١٠٦.

(٤) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٣؛ أصول القانون، د. السنهوري، و د. أبو ستيت، ٢٣٨.

(٥) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٣؛ الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٠٨.

نصوص التشريع التي يلتزم بها القائمون بالتفسير القضائي والتفسير الفقهي هي القواعد التي قررها علم أصول الفقه، فهي قواعد لغوية لفهم العبارة وتفسير النَّصّ ما دام مكتوبًا باللغة العربية"[١].

ثالثًا: قواعد دلالات النُّصوص القانونية على معانيها

يتبنّى فقهاء القانون الوضعي قواعد الدلالات اللغوية للنصوص على معانيها التي وضعها علماء الأصول، وذلك كطرق لتفسير القانون؛ نظرًا لأهمية تلك القواعد في تطبيق القانون، فالقاضي يستعين بها للوصول إلى حكم النُّصوص القانونية إذا عُرِض عليه نزاع، ويستعين بها أيضًا فقهاء القانون؛ لأن التفسير يهدف إلى التعرف على المعنى الذي ينطوي عليه النَّصّ وما يقصده المشرع من عباراته، وهذا ما يسعى إليه الفقيه والقاضي[٢].

ومجال التفسير هو النَّصّ التشريعي غير الواضح، بخلاف النَّصّ الواضح فإنه لا يحتاج إلى تفسير[٣].

مدارس تفسير القانون

الحديث عن قواعد دلالات النُّصوص على معانيها – وهي تلك القواعد التي نحن بصددها – يتحدث عنها فقهاء القانون كقواعد للوقوف على إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة للنص التشريعي في مدارس التفسير؛ ذلك أن للتفسير مدارس مختلفة عند رجال القانون، تبعًا لتفاوت النظرة إلى تكوين القانون، فإذا نظر إلى أن المصدر الوحيد للقانون هو التشريع فتكون مدرسة التزام النَّصّ في التفسير، وحيث ينظر إلى القانون على أنه انبعاث ذاتي من ضمير الجماعة ومن الظروف المحيطة بها توجد المدرسة الاجتماعيَّة في التفسير، وحيث يؤخذ القانون على أنه جوهر

---

(١) نظرات في الشريعة الإسلامية، ١٨٦.

(٢) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق فرج، ٢١٤، ٢١٨.

(٣) أصول القانون، د. عبد الرزاق السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٤٠.

وصناعة أو علم وصياغة توجد المدرسة العلميَّة، أو مدرسة البحث والتفسير الحر[1]، ومن هنا فإن مدارس التفسير عند رجال القانون ثلاث مدارس هي: مدرسة التزام النّصّ أو (المدرسة التقليدية) والمدرسة الاجتماعيَّة في التفسير، والمدرسة العلميَّة أو (مدرسة البحث والتفسير الحر)[2].

المدرسة الأولى: مدرسة التزام النّصّ أو (المدرسة التقليدية): وهذه المدرسة تنادي بأنه لا يوجد شيء وراء التشريع من مصادر موضوعية أو مصادر رسمية، وأن التقنينات قد جمعت وحوت كل شيء، إذ إنّها قد جاءت بما يستجد، ومن هنا كان للنصوص في رأي أنصار هذه المدرسة القداسة العظيمة، الأمر الذي ترتب عليه تناول الشراح لنصوص التشريع بالشرح لها بحسب ترتيبها، وقد أطلق على هذه المدرسة اسم مدرسة: (الشرح على المتون)[3]، وهي تذهب إلى وجوب تلمس القواعد القانونية في النُّصوص التشريعيَّة، فالتشريع في نظر أنصار هذه المدرسة مجرد تعبير عن إرادة المشرع يتوقف تفسير نصوصه على الوقوف على هذه الإرادة وقت وضع التشريع لا وقت التطبيق إن وجدت، فإن لم يكن الوقوف عليها فلا مناص من الالتجاء إلى إرادة المشرع المفترضة فيما عدا الجرائم والعقوبات، فلا يتوسع في التفسير في المواد الجنائيَّة احتراما للإرادة الحقيقية للمشرع دون مجاوزة ذلك إلى

---

(١) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٢٨؛ وانظر -أيضًا-:بيان النُّصوص التشريعيَّة (طرقة وأنواعه) بدران أبو العينين بدران، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٩م، ١٢٧].

(٢) محاضرات في المدخل للقانون د. حسن كيرة، ٣٢٨؛ أصول القانون، د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٣٨- ٢٣٩. وانظر -أيضًا-:بيان النُّصوص التشريعيَّة، بدران أبو العينين، بدران١٢٧]. وانظر عند فقهاء القانون اليمني:الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١١٠].

(٣) أصول القانون، د. عبد الرزاق السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٣٨؛ محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٢٨؛ بيان النُّصوص التشريعيَّة، بدران أبو العينين بدران، ١٢٧-١٢٨.

إرادة مفترضة له، واحترامًا للقاعدة المشهورة في المسائل الجنائيَّة، من أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، فهذه القاعدة هي التي تحدد نطاق التفسير الضيق في المسائل الجنائيَّة؛ إذ يؤدي التفسير الواسع إلى خلق جرائم أو فرض عقوبات لم ينص عليها القانون، وهو ما لا يجوز بحال من الأحوال، أما حيث يتعلق الأمر بالإجراءات الجنائيَّة أو المنع من العقاب أو الإعفاء من المسئولية الجنائيَّة، فلا حرج من التوسع في التفسير[1].

وعليه فإنه متى كان النَّصّ واضحًا فإنه يجب تلمس القواعد القانونية في النُصوص التشريعيَّة؛ إذ المفروض أن المشرع عنى كل ما قال وقال كل ما عنى، فإذا غمض واحتاج إلى تفسير فإنه يتوخى في تفسيره البحث عن نية المشرع الحقيقية أو المفترضة وقت التشريع[2].

وقد عِيبَ على هذه المدرسة طريقتها في التفسير الذي يتركز على النظرة الضيقة للقانون، فالقانون عندها هو إرادة الدولة ولا شيء غير إرادتها، ممَّا أدى إلى اعتبار التشريع هو مصدر القانون الوحيد، وهذا أدى إلى نقد طريقتها في التفسير باعتبار أنها تؤدي إلى وقف جهد التفسير على نصوص التشريع، والإسراف في استعمال طرق التفسير اللفظي أو اللغوي بشأنها وفي الاعتماد على الأعمال التحضيرية التي مهدت لوضع نصوص التشريع، كما أدى منطق هذه المدرسة إلى دوران التفسير كله في فلك إرادة المشرع، ليس فقط على ما اتجهت إليه هذه الإرادة فعلاً، ولكن كذلك على ما يفترض أنها كانت تتجه إليه وقت وضع النُصوص لو أنه عرض أمامها ما يستجد في العمل من فروض، وبذلك أسرف فقهاء هذه المدرسة في الاعتماد اعتمادا كبيرًا على طرق الاستنتاج المختلفة[3]، كما اعتُبرت طريقة هذه المدرسة في الاعتماد على النُصوص وتفسيرها قسرًا لاستخلاص الحلول عيبًا آخر؛

---

(١) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣٢- ٣٣٣.

(٢) أصول القانون، د. السنهوري، و د. أبو ستيت، ٢٣٨- ٢٣٩.

(٣) مُحاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣٤.

حيث قد يُنسب زورًا إلى إرادة المشرع بعض الحلول والمبادئ والنظريات[1]، وكل ذلك "أدى إلى الجمود بالقانون وعرقلة تطوره وحصره في إرادة مفترضة للمشرع وقت وضع النُصوص، حتى ولو بَعُد بوضعها العهد وتغيرت ظروف الحياة في الجماعة أيما تغير"[2].

المدرسة الثانية: المدرسة التاريخية أو الاجتماعيَّة: وتعتمد هذه المدرسة على أن القانون ينبع من الجماعة، وليس لإرادة المشرع عند هذه المدرسة قيمة في ذاتها، ومقتضى هذا: أن يكون المرجع في تفسير النُصوص هو ما خضعت له من ظروف وما اتصل بها من تطورات اجتماعيَّة، فليست دائرة في فلك إرادة المشرع الحقيقية أو المفترضة لكونها صارت بوضعها منفصلة عن تلك الإرادة وذات كيان مستقل لا صلة له بها[3]، وهذه المدرسة تتجه كسابقتها إلى النُصوص التشريعيَّة، ولكنها تفسر هذه النُصوص طبقًا لنية المشرع المحتملة وقت تطبيق التشريع لا وقت سنّه، وبذلك تكسب النُصوص التشريعيَّة مرونة تجعلها قابلة للتطور، وتُفسَّر باعتبار الظروف الاقتصادية والاجتماعيَّة المتطورة[4]، وهذه المدرسة – بمنطقها في التفسير – وإن كانت تعين على ملاحقة تطور الجماعة الحثيث عند بقاء النُصوص على حالها دون تغيير، إلا أنها انتقدت باعتبار أنها تخرج التفسير عن وظيفته وتجعله تعديلاً أو إلغاءً لنصوص التشريع، وخلقًا لقواعد قانونيةً جديدة، وفوق ذلك فهي تقضي على ما ينبغي للقانون من تحديد وثبات واستقرار، وتفتح الباب واسعًا أمام تحكم القضاء[5].

المدرسة الثالثة: المدرسة العلميَّة: وتقوم هذه المدرسة على أن تفسير النُصّ يعتمد

---

(١) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣٤.

(٢) السابق، ٣٣٤.

(٣) أصول القانون، د. عبد الرزاق السنهوري، ود. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٣٩؛ محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣٤– ٣٣٥. وانظر أيضًا: [بيان النُصوص التشريعيَّة، بدران أبو العينين بدران، ١٣٠]

(٤) أصول القانون، د. السنهوري، ود. أبو ستيت، ٢٣٩. وتسمى هذه المدرسة: (مدرسة سالي).

(٥) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣٥.

أولاً على إرادة المشرع وعلى ما قصده من النُصوص وقت وضعه لها دون شيء آخر وراء ذلك؛ كالإرادة المفترضة، فهم يقولون: إن لم يكن الوقوف على الإرادة الحقيقية فالمرجع هو المصادر الرسمية الأخرى للقانون، وأهمها العرف، فإن لم تتوفر تلك المصادر وتعسف المفسر بالتفسير فإن ملجأ المفسر هو البحث العلمي الحُر[1]، ومعناه: "رجوع المفسر إلى جوهر القانون بحقائقه المختلفة"[2]، أي الحقائق الطبيعية، أو الواقعية، والحقائق التاريخية، والحقائق العقلية، والحقائق المثالية، فيرجع المفسر إلى هذه الحقائق لتمده بالحلول التي لم تسعفه بها المصادر الرسمية للقانون[3].

وهذه المدارس تشعر باختلاف مناهج رجال القانون في تفسير القانون، إلا أن مدرسة البحث الحر يأخذ بها فقهاء القانون ويجعلونها أولى المدارس بالاعتبار؛ فهي لم تهمل النص – إن وجد – كما أنها لا تحمله أكثر من معناه، ثم هي عند عدم وجود المصادر الرسمية للقانون يكون مرجعها ما استمدت منه المصادر الرسمية مضمون قواعدها؛ إذ إنه حين يتخلف الشكل فالمرجع إلى روح القانون وجوهره، وفي هذا الصدد يقول الدكتور/ حسن كيرة: "الواقع أن هذه المدرسة تقوم على أساس منطقي سليم؛ فحيث تتخلف المصادر الرسمية للقانون عن مواجهة ما يستجد من فروض لا يبقى إلاّ الرجوع إلى ما تستمد منه المصادر الرسمية نفسها مضمون ما تفرضه من قواعد، أي إلى المصادر الحقيقية أو الموضوعية للقانون، وبعبارة أخرى: حيث يتخلف الشكل يرجع دائمًا إلى الجوهر، والرجوع إلى جوهر القانون لنقص المصادر الرسمية له يضع القاضي موضع المشرع حين يهم بالتشريع، غير أن رجوع المشرع لاستلهام هذا الجوهر يكون بقصد وضع قواعد قانونية عامة مجردة، أما رجوع القاضي إليه فلا يكون إلا بقصد العثور على حلٍّ لنزاع معين،

---

(١) أصول القانون، د. عبد الرزاق السنهوري، ود. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٣٩؛ محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣٥– ٣٣٦، وانظر:[بيان النُصوص التشريعية، بدران أبو العينين بدران، ١٣٠]. وتسمى هذه المدرسة مدرسة (جني). انظر:[أصول القانون، د. سنهوري، ود. أبو ستيت، ٢٣٩.]

(٢) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣٦.

(٣) السابق، نفس الصفحة.

ولذلك فالقاضي حين يكمل نقص المصادر الرسمية بالرجوع إلى جوهر القانون لا يخلق قواعد جديدة"[1].

مدارس تفسير القانون تتضمن قواعد طرق دلالات الألفاظ على معانيها بمنطوقها ومفهومها

إن الذي يعنينا من ذكر مدارس القانون هو أن فقهاء القانون عند تفسيره يعرضون لقواعد دلالات الألفاظ على معانيها، فالقواعد التي يستخدمونها للتوصل بها إلى كيفية دلالات النصوص القانونية على معانيها هي نفس القواعد التي ذكرها الأصوليون في دلالات الألفاظ على معانيها، ويستخدمون في ذلك نفس ألفاظ الأصوليين ومصطلحاتهم، ومما يذكرونه في هذا الصدد: أن المعنى الذي يستنتج من النص[2]، يستفاد منه بعبارة النص، أو بإشارته، أو بدلالته، (أي روحه وفحواه) ومفهومه الموافق، أو المخالف[3]، أي "أنه يتبع في طرق التفسير منهج الأصوليين؛ لأن لغة القانون هي اللغة العربية"[4]، وهذه هي الطريقة المتبعة في تفسير القانون

---

(١) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣٦.

(٢) استخلاص المعنى أو استنتاجه من ألفاظه، وعباراته، أو دلالته، أو، إشارته، أو مفهومه الموافق، أو المخالف، يقتصر على النصّ السليم، فدور المفسر فيه يقتصر على استخلاص المعنى وفقًا لهذه القواعد. انظر: [المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٨]. أما إذا كان النصّ القانوني معيبًا -كما إذا وقع فيه خطأ أو نقص، أو شابه غموض أو كانت بعض أحكامه متعارضة مع البعض الآخر، أو مع نصوص أخرى- ففي هذه الحالة يقوم المفسر برفع ذلك العيب بالاستعانة بطرق التفسير المختلفة، وطرق تفسير النصّ المعيب هي: الأعمال التحضيرية، وغيرها. انظر: [المرجع نفسه، ٢٢٣].

(٣) محاضرات في المدخل للقانون، د.حسن كيرة، ٣٣٠؛ القاعدة القانونية، د. محمد طه بدوي، ١٠٨، ١٠٩؛ المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٧- ٢٢٠؛ أصول القانون، د. السنهوري، ود. أبو ستيت، ٢٤٤، ٢٤٥؛ تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ١٩٧. النظام الجنائي، د. عبد الفتاح خضر، ١/٨١- ٨٥؛ التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، لعبد القادر عودة، ١/١٨٦- ١٨٨.

(٤) تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ١٩٨.

عند فقهاء القانون اليمني[1]؛ لنفس السبب وهو أن لغة القانون في اليمن هـي اللغـة العربية.

ولمّا كان التعبير عن إرادة المشرع من التشريع يتوقف على نصوصه ولمّا كانت إرادة المشرع قد تكون حقيقية وقد تكون مفترضة، فإن الوقـوف علـى إرادة المشرع الحقيقية تكون يسيرة متى كان النّصّ واضحًا ومعناه ظاهرًا لا خفـاء فيـه؛ لأنه يكشف في يسر عن إرادة المشرع بمجرد التفسير اللفظي أو اللغـوي[2]، أي أن الكشف عن المعنى يكون عن طريق عبارة النص، وأما الوقوف على إرادة المـشرع المفترضة فإنها تستنتج من نصوص التشريع نفسه، بواسطة طرق الاستنتاج المنطقي المختلفة، وتُنسب هذه الحلول إلى المشرع نفسه، على أسـاس أن هـذه هـي الإرادة المفترضة، أي على أساس افتراض وجود إرادة للمشرع في الأخذ بهذه الحلـول وإن يكن قد أغفل التعبير عنها، ومرد هذا الافتراض إلى أن المشرع إما أن يكون قد نص على نفس هذه الحلول في فروض مشابهة أو في فروض تكون علـة الحكـم فيهـا أضعف من علته في الفروض غير المنصوص عليها، وإما أن يكون قد نص علـى عكس هذه الحلول في الفروض المخالفة، أي أن افتراض إرادة المشرع تقـوم علـى الاستنتاج عن طريق القياس، أو الاستنتاج من باب أولى، أو الاستنتاج مـن مفهـوم المخالفة[3]، وبناء على ذلك، ولأنه لمّا كانت لغة القانون في البلاد العربية – ومنهـا اليمن – هي اللغة العربية فإن ما يقوم به المفسر من استخلاص المعنى من النّصّ له صورتان: –

---

(١) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١١٢– ١١٤.

(٢) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٢٩. وانظر أيضًا: [بيان النُصوص التشريعيّة، بدران أبو العينين بدران، ١٢٨]. وإن كان المعنى خفيًا فإنه يرجع للوقوف على إرادة المشرع إلى قرائن خارجية عن اللفظ: وهي حكمة التشريع، والمصادر التاريخية، والأعمال التحضيرية. انظر:[محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣٠، ٣٣١؛ بيان النُصوص الشرعيّة، بدران أبو العينين بدران، ١٢٨].

(٣) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣٠.

الأولى: استخلاص المعنى المستفاد من ألفاظ النَّصّ وعباراته.

والثانية: استخلاص المعنى المستفاد من روح النَّصّ ومعناه[١].

ووجه ذلك: أن النَّصّ الشرعي أو القانوني لا تقتصر دلالته على ما يفهم من عبارته، بل يدل على معان تفهم من إشارته، ومن دلالته، ومن اقتضائه، وإدراك روح النَّصّ وفحواه، فالتفسير على أساس المعنى يشمل كيفية دلالة الألفاظ على معانيها[٢].

أولاً: المعنى المستفاد من عبارة النَّصّ (أو من ألفاظه):

ويقصد بذلك: المعنى الذي يستفاد من صيغة النَّصّ ويتبادر فهمه إلى الذهن من تلك الصيغة ويكون هو المقصود من سياق النَّصّ؛ لأن المشرع حينما يضع النص فإنه يختار له من الألفاظ والعبارات ما يدل دلالة واضحة على غرضه ثم يصوغه بعد ذلك بحيث يتبادر المعنى المقصود من النَّصّ إلى ذهن المطلع[٣].

والمعنى المستفاد من عبارة النَّصّ يسمى: "المعنى الحرفي للنص، أو منطوق النص"[٤]؛ لأن عبارة النَّصّ هي صيغته المكونة من مفرداته وجمله[٥]، ولأن

---

(١) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٨- ٢١٩؛ تفسير النُّصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ١٩٧.

(٢) تفسير النُّصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٤٣٣- ٤٣٤.

(٣) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٨- ٢١٩؛ الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١١٢؛ دروس في مدخل القانون، عميد دكتور: عوض محمد يعيش، ٧٢. وانظر أيضًا: [التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، لعبد القادر عودة، ١/١٨٦، ١٨٧؛ تفسير النُّصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ١٩٧]

(٤) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٨؛ الوجيز في مدخل القانون، أ. محمد الشامي، ١١٢.

(٥) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٨.

دلالة الألفاظ وتراكيبها على المعاني هي الوسيلة لتفسير التشريع[١]؛ ولأن عبارة القانون إذا كانت واضحة فإنها تعد تعبيرًا صادقًا عن إرادة الشارع[٢]، ومثال ذلك: ما نصَّت عليه المادة رقم (٣٨) من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني بقولها: "تبدأ شخصية الإنسان وقت ولادته حيًّا وتنتهي بموته"، فالمعنى المستفاد من عبارة النص: أن الشخصيَّة القانونية للإنسان تبدأ بميلاده حيًّا وتنتهي بوفاته[٣].

ويلاحظ أن وصف فقهاء القانون لعبارة النَّصّ بأنها المعنى الحرفي للنص قد انتُقد، حيث اعتبر هذا التحديد من قبل أحد الباحثين بأنه خطأ، باعتبار أن عبارة النَّصّ بهذا المعنى تعني قصر عبارة النَّصّ على المعنى المطابقي الموضوع له اللفظ، وهذا مخالف لما عليه الأصوليون، فعبارة النَّصّ ليست عندهم مقتصرة على المعنى المطابقي الموضوع له اللفظ، بل إن عبارة النَّصّ تشمل عندهم – بالإضافة إلى ذلك – المعنى التضمني والمعنى الالتزامي ما دام ذلك مقصودًا للشارع أو المتكلم[٤].

وأرى أن ما ذهب إليه هذا الباحث صواب؛ لأن النُّصوص الشرعيَّة كثيرة الأغراض، فقد ترد للتشريع، وقد يُضاف إليها غرضٌ آخر.

وحكم النَّصّ الواضح: هو وجوب الأخذ به؛ لأن معناه يستخلص من ألفاظه وعباراته الواضحة[٥]، ويجب الأخذ بهذا المعنى، ولا يجوز تركه بدعوى أن الحكم القانوني غير عادل أو أن هناك حكمًا أعدل منه، فليس هذا من مهمة المفسر في

---

(١) تفسير النُّصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ١٩٧.

(٢) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ١٠.

(٣) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد الشامي، ١١٢.

(٤) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٢٢٧.

(٥) قانون العقوبات؛ القسم العام، د. عوض محمد، ١٠؛ المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٨.

شيء، بل عليه أن يترك ذلك للمشرع يعدل تشريعه بما تقتضيه الظروف[1]، وإذا وُجِدَ للَّفظِ الواحد معنى لُغوي ومعنى اصطلاحي فإنه يؤخذ بالمعنى الاصطلاحي[2].

ثانيًا: المعنى المستفاد من روح النَّصّ (أو فحواه):

ويراد به: المعنى الذي يصل إليه المفسر عن طريق إشارة النص، أو عن طريق دلالته، أو عن طريق مفهومه[3]، ومعنى هذا: أن المفسر لا يقف عند المعنى المستفاد من لفظ النَّصّ (عبارته)، ولكنه يستخلص المعنى من روح النَّصّ بهدف تقصي جميع المعاني التي تستفاد من النَّصّ بطريق إشارته أو دلالته أو مفهومه[4]؛ ولذلك تسمى هذه الطرق بطرق الاستنتاج بطريق القياس، والاستنتاج من باب أولى، والاستنتاج من مفهوم المخالفة[5]، وهي طرق ينطوي عليها التشريع نفسه[6]، والهدف من استخلاص المعنى من روح النَّصّ القانوني (أو فحواه) هو تحقيق الهدف الذي ترمي إليه كل قاعدة قانونية، وهذا الهدف يمثل الحكمة من وضعها، فحكمة التشريع هي الغاية التي قصد تحقيقها من وضع النص، والمقصود بذلك المصالح التي استهدف المشرع حمايتها، والاعتبارات الاجتماعيّة والاقتصادية والسياسية والأخلاقية

---

(١) أصول القانون، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٤٠؛ تفسير النُصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. أحمد صبري السعدي، ٢٣٩.

(٢) جاء في أصول القانون، للدكتور/السنهوري، والدكتور/ أبو ستيت، ص ٢٤٠، هامش (١): "اللفظ يفسر بحسب معناه اللغوي، والاصطلاحي كذلك، إذ توجد ألفاظ لها معنى في الاصطلاح غير المعنى اللغوي مثل (دفع) و(قيد) و(حلول) وغيرها، فيؤخذ بالمعنى الاصطلاحي".

(٣) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٩؛ الوجيز في مدخل القانون، د. الشامي، ١١٢.

(٤) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٩، ٢٢٠.

(٥) أصول القانون، د. السنهوري، ود. أحمد أبو ستيت، ٢٤٥

(٦) أصول القانون، د. السنهوري، ود. أبو ستيت، ٢٤٤؛ تفسير النُصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ١٩٧.

التي دعت إليه، وهذا ما يفسر تسمية هذا التفسير باستخلاص المعنى من روح التشريع[1].

ولمّا كانت طرق استخلاص المعنى من روح النّصّ طرقًا ينطوي عليها التشريع نفسه فإنها تسمى أيضًا: "طرق التفسير الداخلية"؛ كون المفسر لا يستند في استخلاص المعنى إلي أي عنصر خارجي عن التشريع، وهذه الطرق الداخلية تميز "طرق التفسير الخارجية" التي يستند فيها المفسر إلى عنصر خارجي عن التشريع نفسه، ومن ذلك: الاستناد إلى حكمة التشريع، والاسترشاد بالأعمال التحضيرية، والعادات، والرجوع إلى المصدر التاريخي للتشريع[2].

أما تبيُّن حكمة التشريع فقد بيّن معناها الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، والدكتور/ أحمد حشمت أبو ستيت، بقولهما: "أن يتعرف المفسر العلة التي اقتضت الحكم، فيفسر في ضوء هذه الحكمة ألفاظًا وردت في التشريع قد تكون مبهمة"، ومثَّلا لذلك: بأن "القانون الجنائي يجعل الليل في جريمة السرقة وفي جريمة إتلاف المزروعات ظرفًا مشددًا فما معنى الليل؟ هنا يجب توخي حكمة التشريع، والواضح أن المشرع جعل الليل ظرفًا مشددًا لسهولة ارتكاب الجريمتين في الظلام، فأراد المشرع تشديد العقوبة ردعًا للمجرمين الذين يستسهلون ارتكاب الجريمتين في جنح الظلام، فيجب تفسير الليل لا على أنه يبدأ من غروب الشمس وينتهي عند شروقها، وهذا هو التفسير الفلكي، بل بمعنى الظلام، وهذا هو الذي يستخلص من حكمة التشريع"[3].

---

(١) تفسير النُصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٢٠٩.

(٢) أُصول القانون، د. عبد الرزاق السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٤٤؛ تفسير النُصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محد صبري السعدي، ١٩٧؛ دروس في مدخل القانون؛ عميد دكتور. عوض محمد يعيش، ٧١- ٧٢؛ بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون – أصول القانون مقارنة بأصول الفقه- د. محمد عبد الجواد محمد، ٢٠٦- ٢٠٧.

(٣) أصول القانون، ٢٤٨- ٢٤٩. وانظر -أيضًا-: [تفسير النُصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٢١١- ١١٢؛ أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، د. محمد عبد الجواد محمد، ٢٠٧.].

وأما الأعمال التحضيرية فهي: "مجموعة المذكرات التفسيرية، ومناقشات المجالس التشريعيَّة، ومحاضر جلسات هذه المجالس، وأعمال اللجان التي تقترن عادة بالتشريعات عند تحضيرها"[1].

وأما العادات فإن لها أهمية في تفسير القانون، فهي التي تحدد نطاق بعض الحقوق؛ كحقوق الجوار، كما يرجع إليها في تفسير عقود الأفراد عند الأخذ بالعادات.

كما أن المفسر يرجع إلى المصدر التاريخي للتشريع، والمصدر التاريخي للتشريع في القانون المصري هو الشريعة الإسلامية، كما اختِيْرَ الرأيُ الراجحُ في المذهب الحنفي[2]، أما في القانون اليمني فإن المصدر التاريخي الذي يقصد به الأصل الذي استقى منه القانون نصوصه فهو الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئات التشريعيَّة المختصة[3]، وهذا المرجع التاريخي للتفسير هو ما نصَّت عليه المادة رقم (١٨) من القانون المدني اليمني بقولها: "المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها، هو الفقه الإسلامي، والمذكرات الإيضاحية، والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعيَّة المختصة".

وأما طرق تقريب النُصوص المتعلّقة بموضوع واحد بعضها من بعض فمعناها: "تفسير مواد النُصوص القانونية المتعلّقة بموضوع واحد بعضها من بعض، إذا كان تفسير كل مادة على حدة قد يبطل حكم الأخرى"[4].

طرق استخلاص المعنى المستفاد من روح النَّصّ

تتمثل طرق استخلاص المعنى المستفاد من روح النَّصّ القانوني فيما يلي:—

---

(١) أصول القانون، د. السنهوري، ود.أبو ستيت، ٢٤٩.

(٢) السابق، ٢٥٠، ٢٥١.

(٣) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد الشامي، ١١٣، ١١٦.

(٤) أصول القانون، د. السنهوري، ود.أبو ستيت، ٢٤٨.

١- طريق إشارة النص:

يقصد بالمعنى الذي يستفاد من إشارة النص: "المعنى الذي يعد لازمًا لما يستفاد من عبارة النص، فالنص لا يعبر عن المعنى في ألفاظه ذاتها، ولكنه يتضمنه على اعتبار أنه من لوازمه، فهو يشير إليه دون أن يصرح به"[١]، والمعنى الذي يستخلص من إشارة النصّ يكون حكمه لازمًا، على ألا يتعارض مع معنى مستخلص من عبارة نص آخر، بمعنى أنه إذا حصل تعارض بين معنى مستفاد من عبارة النصّ وآخر مستفاد من إشارة النصّ فإنه يغلب المعنى المستفاد من طريق العبارة على المعنى المستفاد من طريق الإشارة[٢].

٢ - طريق دلالة النّصّ ومفهومه:

يقصد بالمعنى الذي يفهم من دلالة النص: المعنى الذي يفهم من روحه ومفهومه، ويستدل على هذا المعنى عن طريق الاستنتاج؛ إذ يستنتج من روح النّصّ ما أراده المشرع، علاوة على المعنى المستفاد من اللفظ، ويتم هذا الاستنتاج عن طريق مفهوم الموافقة، أو عن طريق مفهوم المخالفة[٣].

أ - الاستنتاج عن طريق مفهوم الموافقة:

ومعناه: "أن يوجد هناك نص يفهم من عبارته معنى معين ينطبق على حالة معينة، ولكن روح النصّ يفيد انطباقه على حالة أخرى لم يرد لها ذكر في النّصّ؛ وذلك لاتحاد العلة في كل من الحالتين"[٤]، والحكم في هذه الحالة هو أن يعطى حكم

---

(١) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢٢٠. وانظر في معناه ـ أيضاً: [الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١١٢.]

(٢) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢٢٠؛ دروس في مدخل القانون،عميد. د. عوض يعيش، ٧٣.

(٣) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢٢٠. وانظر في معناه عند فقهاء القانون اليمني: [الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١١٣].

(٤) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢٢٠- ٢٢١.

الحالة التي صرح النَّصّ بحكمها للحالة التي لم يصرح النَّصّ بحكمها؛ لاتحاد العلة في الحالتين، فيقاس ما لم يصرح النَّصّ بحكمه على ما صرح النَّصّ بحكمه[1]؛ ولذلك يسمى الاستنتاج عند فقهاء القانون في هذه الحالة (بالقياس)[2] أو (الاستنتاج بطريق القياس)[3]، الذي يعني: "أن يستنبط المفسر حكمًا غير منصوص عليه بالقياس على حكم منصوص عليه لاتحادهما في العلة"[4]، والاستنتاج بطريق مفهوم الموافقة أو (القياس) يكون استنتاجا من باب أولى أو (قياس الأولى)[5]، ويطلق بعض فقهاء القانون على هذا القياس نفس عبارات بعض الأصوليين، فيسمون القياس الأولى (بالقياس الجلي)[6] وهي نفس تسمية الإمام الشافعي لمفهوم الموافقة الأولوي، ويعرف فقهاء القانون القياس الجلي بأنه: "الذي تكون فيه العلة في الحالة غير المنصوص عليها موجودة بدرجة أكبر أو بصورة أوضح ممّا هي عليه في الحالة المنصوص عليها"[7].

وقد يكون مفهوم الموافقة قياسًا عاديًا[8]، بمعنى أنه يقوم على علة التشابه بين أمرين؛ أحدهما: ورد فيه نص قانوني، والآخر: لم يرد فيه نص[9].

---

(١) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢٢١.

(٢) المدخل للعلوم القانونية د. توفيق حسن فرج، ٢٢١؛ الوجيز في مدخل القانون، د. الشامي، ١١٣.

(٣) أصول القانون، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٤٥.

(٤) السابق، ٢٤٥.

(٥)أصول القانون، د.عبد الرزاق السنهوري، ٢٤٦، و د. أبو ستيت، ٢٤٦؛ المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢٢١؛ الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١١٣؛ دروس في مدخل القانون، عميد دكتور: عوض محمد يعيش، ٧٤.

(٦) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ١٤.

(٧) السابق، نفس الصفحة.

(٨) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢٢١؛ الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١١٣؛ دروس في مدخل القانون، عميد دكتور. عوض محمد يعيش، ٧٤.

(٩) بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون –أصول القانون مقارنة بأصول الفقه– د. محمد عبد الجواد محمد، ٢٠٦.

ويبدو أن اتّجاه فقهاء القانون هذا في اعتبار مفهوم الموافقة من قبيل الاستنتاج بطريق القياس منشؤه توافر العلة واتحادها في الحكم الذي ورد النصّ بشأنه مع الحكم الذي لم يرد النّصّ بشأنه، وهذا واضح من تعريفهم لمفهوم الموافقة، كما يتضح من تعريفهم لقياس الأولى، أو الاستنتاج من باب أولى بأنه: "أن تكون هناك حالة منصوص على حكمها، وتكون علة الحكم أكثر توافرًا في حالة أخرى غير منصوص على الحكم فيها، فينسحب الحكم في الحالة المنصوص عليها على الحالة غير المنصوص عليها من باب أولى"[1]، وهذا الاتّجاه يقترب من اتّجاه بعض الأصوليين – كما سبق – وقد ذكرنا وجهة نظرنا في عدم مساواة مفهوم الموافقة بالقياس.

وقد حاول فقهاء القانون اليمني المزج بين موقف الأصوليين وبين موقف فقهاء القانون في مفهوم الموافقة، حيث يستخدمون نفس ألفاظ فقهاء القانون في تسمية الاستنتاج بمفهوم الموافقة بأنه "القياس"[2]، وأنه ينقسم إلى قياس أولوي وقياس عادي[3]، ويستخدمون أمثلة لذلك بطريقة الأصوليين[4]، ولذلك فإن غالب الظن أنهم

---

(١) أصول القانون، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ود. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٤٦.

(٢) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١١٣.

(٣) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد الشامي، ١١٣؛ دروس في مدخل القانون، عميد دكتور. عوض محمد يعيش، ٧٤.

(٤) مثال ذلك في القياس العادي: ما يستنتج من قول الله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴿١٠﴾﴾ [الآية ١٠ من سورة النساء] فيقولون: "كما دلت الآية بعبارتها على تحريم أكل مال اليتيم، فإنها تدل أيضًا على تحريم تبديده، لاتحاد العلة في الحالتين، وهي الإضرار باليتيم"، وأما القياس من باب أولى فيمثلون له بقوله تعالى: ﴿۞ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ۚ إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ الْكِبَرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴿٢٣﴾﴾ [الآية٢٣ من سورة الإسراء] ويقولون: "كما دلت الآية على تحريم التأفيف دلت على تحريم الضرب، والسب، من باب أولى، لاتحاد العلة في كلتا الحالتين، وهي الإيذاء" انظر: [الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١١٣].

يميلون إلى ما يميل إليه فقهاء القانون؛ لأن تمثيلهم لذلك بأمثلة فقهية هي أمثلة في غير محلها، فالأصوليون استخدموا تلك الأمثلة في مفهوم الموافقة لا في القياس، ومفهوم الموافقة هو استنباط من النصّ بدلالة مفهومه، إلاّ أن هذا لا يعني إهمالهم لقاعدة مفهوم الموافقة فهم يأخذون بها، كما هو الظاهر من خلال جعلهم إياها طريقًا من طرق استخلاص المعنى.

ب – الاستنتاج عن طريق مفهوم المخالفة(١):

ويقصد به: "إعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة منصوص عليها؛ إما لاختلاف العلة في الحالتين، وإما لأن اقتصار النّصّ على هذه الحالة يفيد تخصيصها وحدها بالحكم الوارد فيه ونفي هذا الحكم عما عداها من حالات نفس النوع"(٢).

ويستخدم فقهاء القانون اليمني في تعريف مفهوم المخالفة تعريفًا قانونيًّا تارة فيقولون: "المقصود به: إعطاء حالة لم يصرح القانون بحكمها عكس الحكم الذي صرح به، وذلك لانتفاء قيد من القيود المعتبرة في إثبات الحكم للحالة المنصوص عليها، وذلك لاختلاف العلة في الحالتين"(٣)، وتارة أخرى يعبرون عنه بتعبيرات

---

(١) أصول القانون، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، ود. أبو ستيت، ٢٤٦؛ محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣١؛ التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، لعبد القادر عودة، ١٨٨/١؛ النظام الجنائي، د. عبد الفتاح خضر، ٨٤/١؛ بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون –أصول القانون مقارنة بأصول الفقه –د. محمد عبد الجواد محمد، ٢٠٧؛ الوجيز في مدخل القانون د. الشامي، ١١٣.

(٢) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣١.

(٣) الوجيز في مدخل القانون، د. الشامي، ١١٣. والظاهر أن هذا التعريف مقارب للتعريف الذي جاء في أصول القانون للسنهوري، وأبو ستيت، ص ٢٤٦، ٢٤٧، فقد جاء في تعريف مفهوم المخالفة: "أن تعطى حالة غير منصوص عليها حكمًا يكون عكس الحكم في حالة منصوص عليها لاختلاف العلة في الحالتين".

علماء الأصول، فيقولون: "هو إثبات نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه إذا قيد الكلام بقيد يجعل الحكم مقصورًا على حال هذا القيد"(١)، وهذا يشعر بتقيد فقهاء القانون اليمني بالتزام قواعد علماء الأصول.

ومفهوم المخالفة حجة عند فقهاء القانون(٢)، ومنهم فقهاء القانون اليمني(٣)، فيجوز الاستدلال به في حكم القانون، وبناء عليه فإنه إذا ورد حكم القانون لحالة معينة مقيدًا بقيود معينة وتحقق ذلك القيد فإن الحكم يسري لتلك الحالة إذا تحقق القيد، وإذا لم يتحقق جرى نقيض هذا الحكم(٤).

ومع أن فقهاء القانون يجيزون الاستدلال بمفهوم المخالفة في نصوص القانون، إلا أن هذا ليس على إطلاقه، فلا بد من الاحتياط في الاستدلال بهذا المفهوم لكي يكون مأمون الخطورة، وذلك بأن يتضح بجلاء أن الحكم الذي نص عليه المشرع إنما هو حكم استثنائي من الحالة التي لم ينص عليها، فإذا ثبت ذلك أعطيت الحالة التي لم ينص عليها عكس حكم الحالة التي نص عليها(٥)، وهذا الاحتياط ذكره

---

(١) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١١٤.

(٢) أصول القانون، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. ود. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٤٦- ٢٤٧؛ محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣١؛ القاعدة القانونية، د. محمد طه بدوي، ١٠٩؛ المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢٢٢، ٢٢٣.

(٣) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١١٤.

(٤) القاعدة القانونية، د. محمد طه بدوي، ١٠٩.

(٥) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢٢٣. وقد جاء في أصول القانون، للدكتور/السنهوري، والدكتور/أبو ستيت، ص ٢٤٧: "إنما يلاحظ أن هذا الطريق من طرق الاستنتاج كثير الخطورة، لأن نص القانون قد يكون واردًا على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر، فلو طبقنا هذا الطريق في مثل هذه الحالة لقلنا: بأن النصّ لا ينطبق على الأحوال المشابهة التي لم ينص عليها مع أن الواجب تطبيق النصّ عليها من طريق الاستنتاج بطريق القياس، وهذا الطريق من طرق الاستنتاج لا يكون مأمون العاقبة إلا إذا كان النصّ خاصًا بحالة استثنائية، إذ القاعدة أن الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه".

فقهاء القانون اليمني أيضا، وهذا ما أشار إليه الدكتور/ محمد بن حسين الشامي، الذي ذكر أن شراح القوانين الوضعية "يجيزون الاستدلال به في أغلب الأحيان"[1]، ثم قال: "ويجب في نظرنا الاحتياط في الاستدلال بهذا المفهوم، إلا إذا كانت دلالة المفهوم المخالف على الحكم غير مقيدة بعلة"[2].

كما يلاحظ أمر آخر عند فقهاء القانون فيما يتعلق بمفهوم المخالفة، وهو عدم حجّيته في مفهوم اللقب المخالف[3]؛ وذلك لأنه لا يقصد بذكره تقييد، ولا تخصيص، ولا احتراز عماً عداه؛ ولهذا قال الشيخ عبد الوهاب خلاف: "ولا فرق في هذا بين النُصوص الشرعيَّة ونصوص القوانين الوضعية وعقود الناس وسائر تصرفاتهم وأقوالهم"[4].

والخلاصة: أن مفهوم المخالفة يحتج به فقهاء القانون الوضعي في النُصوص القانونية كما يحتج به جمهور الأصوليون في النُصوص الشرعيَّة، فيجب العمل بمقتضاه، وأما المصنفات، والمؤلفات، والعقود، والتصرفات، والمعاملات، فمفهوم المخالفة في كل ذلك حجة عند الجميع[5].

---

(١) الوجيز في مدخل القانون، ١١٤.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

(٣) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٥٥؛ تفسير النُصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٥٣٨.

(٤) علم أصول الفقه، ١٥٥- ١٥٦. وانظر مثل هذا: [تفسير النُصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٥٣٨].

(٥) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٤٦-٣٤٧.

المبحث الثاني

النّصوص التشريعيّة الدالة على الأخذ بقواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في القانون اليمني لتفسيره وتطبيقه

للإفادة من قواعد الدلالات اللغوية في تطبيق القانون مستندات تجعل القاضي يستند إليها باعتبار أن فهمه لها يؤدي إلى الفهم الصحيح للقانون، ومن تلك المستندات ما يلي: –

١ – النّصّ الدستوري (المستند الدستوري)

لمّا كان القانون في اليمن موضوعًا – كغيره من القوانين في البلاد العربية – باللغة العربية فإن هذا يعني أن فهم النّصوص واستثمار الأحكام منها لا بد أن يكون وفق القواعد اللغوية، وقد ورد النّصّ في دستور الجمهورية اليمنية على أن اللغة العربية هي لغة الدولة الرسمية في المادة الثانية منه، حيث نصّت على ذلك بقولها: "الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية".

٢ – النّصوص القانونية

أ – نصوص القانون المدني الدّالة على الأخذ بقواعد الدلالات اللغوية

النص الأول: أشار القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني إلى الأخذ بالمنطوق والمفهوم، حيث ورد في صدر مادته الأولى: أنه "يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظًا ومعنى..."، فهذا النّصّ يشير إلى إرادة منطوق النّصّ ومفهومه (معناه) وفيه أيضًا توجيه صريح بمراعاة المنطوق والمفهوم عند تطبيق القانون وتفسير نصوصه[1]، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني: أن هذا

---

(١) ورد في بعض القوانين العربية النّصّ صراحة على العمل بمنطوق النّصّ ومفهومه، كالقانون الكويتي، وفي هذا يقول الدكتور/عجيل جاسم النشمي: "تصرّح بعض القوانين بالأخذ بالمنطوق والمفهوم في صدر قوانينها، كما ورد ذلك في المادة الأولى من القانون المدني الكويتي في الفقرة

النص تناول قاعدة عامة ترجع إلى أن الألفاظ لا يكتمل الغرض منها إلا بمعرفة معناها الحقيقي لغة واصطلاحًا، وهذا يقتضي الرجوع إلى قواميس اللغة العربية وكتب الفقه معًا، فقد يكون للفظ أكثر من معنى لغوي، كما قد يكون الفقه اختصه بمعنى اصطلاحي معين، فإذا ما عرف معناه على هذا النحو طُبِّق النصّ على جميع المعاملات التي يتناولها لفظًا ومعنى، سواء كان المعنى صريحًا أو ضمنًا"[1]، وهذا تعليق صريح في إرادة منطوق النصّ القانوني ومفهومه، وتوجيه لمن يطبق النصّ أو يفسره بمراعاة ذلك.

النص الثاني: ذكرت المادة السادسة من نفس القانون: أن "... **العبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني**"، فهذا النصّ يدل على اتباع المعاني المستفادة من مجموع عبارات الألفاظ دون التقيد بها لفظًا لفظًا، وفي هذا توجيه باتباع قواعد دلالات الألفاظ على معانيها عند تطبيق القانون وتفسيره، وبعبارة فقهاء القانون فإنه: "لا يجب التقيد بالألفاظ لفظًا لفظًا، وإنما العبرة بالمعنى الذي يستفاد من مجموع عبارته على هدي قصد المشرع، فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"[2]، فاستنباط المعنى من ألفاظ النصّ وفقًا لوضعها في المعاني في اللغة هو أول وسيلة من وسائل التفسير التي يجب أن يلجأ إليها المفسر، ويجب عليه في شرحه للنص – وفقًا للتفسير اللفظي – أن يستند إلى المعاني اللغوية بهدف فهم النص، وعليه ألا يفهم كل لفظ على حدة وكل عبارة من عبارات النصّ مستقلة عن

الأولى، التي نصّت على الآتي: "تسري النُصوص التشريعيّة على المسائل التي تتناولها هذه النُصوص بمنطوقها أو بمفهومها"، ثم قال: "وهذا نص صريح في إرادة منطوق النصّ أو مفهومه، وتوجيه لمن يطبق النصّ أو يفسره بمراعاة ذلك". انظر: [الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة الحقوق جامعة الكويت، سنة (١٣)، العدد (١)، ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م، ١١٤].

(١) المذكرة الإيضاحية، الكتاب الأول، ١١.

(٢) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٨.

غيرها، بل يجب عليه بعد تفهم الألفاظ والعبارات استخلاص المعنى من مجموع عبارات النّصّ مرتبط كل منها بالأخرى، وبذلك يمكنه الكشف عن الإرادة التشريعيّة في النص[1].

وأما النُصوص القانونية الصريحة الدالة على معانيها بصراحتها فإن صراحة النّصّ يدل بعبارته على حكم القانون[2].

النص الثالث: ذكرت المادة الثامنة من نفس القانون أنه: "**يجب إعمال الكلام في مقاصده**" فهذا النّصّ صريح في اتباع معاني الألفاظ وإعمالها فيما تدل عليه، علمًا بأنّ مقصد الكلام قد يكون ظاهرًا وواضحًا وقد يكون غير واضح، ولتوضيح هذا الغموض فإنه يستعان بالقواعد اللغوية، وبعبارة أوضح، فإنه "إذا غمض لفظ النص – أو أبهم – وجب على المفسر أن يوضح هذا الغموض، وهو إذ يفعل ذلك يستعين قبل كل شيء بأصول اللغة التي وُضع بها القانون"[3]، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية ما يدل على وجوب اتباع معاني الألفاظ، حيث علقت على هذه المادة بقولها: إنها "تنص على قاعدة مفادها: أنّ أي كلام يصدر في معاملة أو تصرف لا يصدر عبثًا، وإنما يكوّن لقائله قصد منه، فيلزم البحث عن هذا القصد وإعمال الكلام فيه، ولا يهمل الكلام إلا إذا تعذر معرفة القصد منه حقيقة أو مجازًا"[4].

النص الرابع: ذكرت المادة رقم (١٨) من نفس القانون أن: "المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو: الفقه الإسلامي، والمذكرات الإيضاحية، والكتب الشارحة من الهيئة التشريعيّة المختصة"، ففي هذا النّصّ تنبيه إلى أن تفسير نصوص القوانين يرجع فيه إلى الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة التي تصدر عن لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية[5].

---

(١) تفسير النُصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٢٠١– ٢٠٦.

(٢) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٤٧.

(٣) القاعدة القانونية، د. محمد طه بدوي، ١٠٦.

(٤) المذكرة الإيضاحية، الكتاب الأول، ١٤.

(٥) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١١٦.

وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني إلى هذا بقولها: "ما نُصَّ عليه في هذه المادة ينير السبيل للباحث في تفسير نصوص القوانين الشرعيَّة، وأن مردها إلى الفقه الإسلامي المجرد، والمذكرات الإيضاحية، والكتب الشارحة التي تصدر من لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، فهي اللجنة العلميَّة المختصة والتي قامت بإعداد مشروعات القوانين، فهي المرجع لما أعدته منها"[1]، أي بما أعدته من القوانين، وبهذا يكون القانون اليمني قد وضح أن مرجعه التاريخي والتفسيري هو الفقه الإسلامي[2]، وهذا نهج سليم من القانون اليمني في اعتماده على الثروة الفقهية.

ب – نص قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني الدّال على الأخذ بقواعد الدّلالات اللغوية

نصت المادة رقم (٢٩٩) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة وتعديلاته على الأخذ بدلالة الألفاظ والعبارات على معانيها بقولها: "يقصد بالألفاظ والتعابير التالية الواردة في هذا الكتاب المعاني الموضحة أمام كل واحد منها" فهذا النَّصّ صريح في إرادة معنى النُصوص القانونية في الأحوال الشخصيَّة من الألفاظ والعبارات الدالة على تلك المعاني، ومعاني الألفاظ وعباراتها يقصد بها: دلالة تلك الألفاظ على المعاني بمفهومها، سواء أكان ذلك المفهوم موافقًا أم مخالفًا.

جـ – نصوص القانون الجنائي الدّالة على الأخذ بقواعد الدلالات اللغوية

النص الأول: من قانون الإجراءات الجزائيَّة: نصَّت المادة الثانية من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م، بشأن الإجراءات الجزائيَّة على الأخذ بدلالة الألفاظ على معانيها بقولها: "يكون للكلمات والعبارات التالية في هذا القانون المعاني المذكورة أمام كل منها ما لم يقتضي (هكذا والصواب يقتضِ بحذف الياء) سياق النَّصّ معنى آخر"، فهذا النَّصّ صريح في إرادة الدّلالة على المعنى من منطوق النُصوص التي وردت في القانون ما لم ترِد قرينة في سياق النَّصّ تدل على معنى

(١) المذكرة الإيضاحية، الكتاب الأول، ١٧– ١٨.

(٢) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١١٧.

آخر، والمقصود بمعاني الكلمات وعباراتها: مفهومها سواء أكان مفهومًا موافقًا أم مخالفًا.

النص الثاني: من قانون الجرائم والعقوبات: نصَّت المادة الأولى من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م، بشأن الجرائم والعقوبات اليمني على الأخذ بدلالة الألفاظ على معانيها بقولها: "يكون للكلمات والعبارات التالية المعاني الواردة أمام كل منها ما لم يقضي (هكذا والصواب ما لم يقضِ بحذف الياء) السياق بخلاف ذلك، أو دلت القرينة على معنى آخر"، وهذا النصّ مثل سابقه.

ومن خلال كل هذه النُصوص يتبين أن الحاجة تدعو إلى الأخذ بقواعد الدلالات اللغوية في تفسير القوانين وتطبيقها؛ لأن النُصوص القانونية في البلاد العربية – ومنها اليمن – مصوغة باللغة العربية، وتطبيق تلك النُصوص – وقبل ذلك فهمها – يَحتاج إلى فهم أسلوب لغتها، وأكثر من يحتاج إلى ذلك القاضي ومساعدوه، ووكلاء النيابات ومساعدوهم، والمحامون، وطلاب الكليَّات الشرعيَّة والقانونية، وأساتذتها؛ لأنهم أكثر تعاملاً مع نصوص القوانين، أي أن القواعد الأصولية اللغوية "لا يَستغني عنها مَن تكون مهنته وتعامله مع النُصوص"[١].

ولمّا كان القانون المتحاكم إليه والذي يتعلق بالقضية المنظورة أمام القضاء هو نص بلفظ عربي فإن قواعد فهم هذا النَّصّ لا بد أن تكون وفق أساليب اللغة العربية، لأن الإخلال بفهم قواعد الدلالات يؤدي إلى خلل في التطبيق وخلل في نتيجة المحاكمة.

---

(١) الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، د. عجيل جاسم النشمي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، سنة (١٣) العدد (١)، ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م، ٧٠.

المبحث الثالث

المقارنة بين قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في الشريعة الإسلامية وبين تلك القواعد في القانون اليمني

بالمقارنة بين ما سبق عرضه من قواعد طرق الدلالات عند الأصوليين وبين طرق استخلاص المعنى من النصوص عند فقهاء القانون – ومنهم فقهاء القانون اليمني – نستنتج ما يلي:–

أولاً: أن فقهاء القانون الوضعي في البلاد العربية – ومنهم فقهاء القانون اليمني – أفادوا كثيرًا من قواعد الدلالات اللغوية التي وضعها علماء أصول الفقه، وهذا واضح من استعمالهم لمعظم المصطلحات التي ذكرها علماء الأصول وتقسيمهم للدلالات إلى: منطوق، ومفهوم موافقة، ومفهوم مخالفة، واقتباسهم التعريفات من شراح علم الأصول(١).

ثانيًا: أنه كما كانت طرق دلالة النُّصوص على معانيها من أهم القواعد اللغوية الأصولية عند الأصوليين كونها ترسم منهج الاجتهاد في استثمار كافة طاقات النَّصّ في الدّلالة على معانيه، فإن طرق دلالات النُّصوص على معانيها تعتبر أيضًا من أهم القواعد اللغوية التي يستنتج بها فقهاء القانون معنى النص؛ إذ هي قواعد في كيفية تفسير القانون لتطبيقه، أي أن قواعد الدلالات اللغوية "من أهم البحوث التي يقوم عليها استنباط الأحكام في الشريعة والقانون على السواء"(٢).

---

(١) ولهذا قال أحد الباحثين: "يتبنى فقهاء القانون الوضعي في معظم البلاد العربية طرق الدلالات التي وضعها علماء أصول الفقه الإسلامي نفسها، بل ويطلقون عليها المصطلحات عينها...". انظر: [المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٧٩].

(٢) السابق، ٢٢١.

ثالثًا: أن فقهاء القانون الوضعي يتمسكون بالمعنى اللغوي للنص وما يستفاد منه من أحكام أيضًا بطرق الدلالات الأخرى، ما لم يظهر أن لبعض ألفاظ النصّ معنى اصطلاحيًا خاصًّا فيفسر عندئذ على أساس هذا المعنى الذي استعمل به في لغة القانون، وهذا يتفق مع الأصل الذي قرره علماء أصول الفقه الإسلامي من أن اللفظ إذا دار بين معناه الشرعي ومعناه اللغوي حُمِل على المعهود في الشرع، وهذا الأصل قد ذكره القرافي بقوله: "أن اللفظ إذا دار بين المعهود في الشرع وبين غيره حمل على المعهود في الشرع؛ لأنه الظاهر؛ كما لو قال: إن صليت فأنت طالق، فإنّا نحمله على الصلاة الشرعيَّة دون الدعاء، وكذلك نظائره"[١]، وقال الزنجاني: "إذا دار اللفظ بين معناه الشرعي ومعناه اللغوي ترجح حمله على المعنى الشرعي دون الوضع اللغوي"[٢].

رابعًا: أنه كما احتاط جمهور الأصوليون في الاحتجاج بمفهوم المخالفة، وأنه لا يكون حجّة في الوصف، أو الشرط، أو الغاية، أو العدد، إلاّ بعد الاحتياط والبحث وإمعان النظر والتحقق من أن القيد الوارد في النَّصّ إنما ورد للتخصيص والاحتراز به عما عداه، ولم يرد لحكمة أخرى، ولم يعارض هذا المفهوم بمنطوق نص آخر – فكما احتاط الجمهور بذلك في مفهوم المخالفة – فإن فقهاء القانون احتاطوا أيضًا بذلك وقالوا بوجوب الاحتياط في الاستدلال بهذا المفهوم والاستنتاج عن طريقه[٣]، وأن ذلك الطريق لا يكون مأمونًا إلاّ إذا كان النَّصّ خاصًا بحالة استثنائية، إلا أن مجال إعمال قواعد مفهوم المخالفة عند جمهور الأصوليين فيه مجال للاجتهاد أكثر ممَّا هو عليه عند فقهاء القانون؛ لأن "الأصل في نصوص القانون أن يكون التقييد لغرض تشريعي، خلافًا لنصوص الشريعة التي كثرت أغراض التقييد فيها"[٤]؛ ولذا

---

(١) الفروق، ١/٧٥.

(٢) تخريج الفروع على الأصول، ٢٧٢.

(٣) تفسير النُّصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٥٣٨، ٥٤٩.

(٤) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٨٣.

كان الاجتهاد بالرأي في الشريعة لاستجلاء قصد المشرع من التقييد أوسع مجالاً.

خامسًا: عند التأمل في صلب قواعد الدلالات التي ذكرها فقهاء القانون نستنتج أمورًا لا تتفق ووجهة نظر الأصوليين، وهذه الأمور هي: -

١ - **بالنسبة لعبارة النص**: عبارة النَّصّ عند بعض فقهاء القانون تعني: "المعنى الحرفي للنص"[١]، وفي هذه الحالة يقولون: "يكاد يقتصر معه دور المفسر على التطبيق الآلي"[٢]، وهذا لا يتفق مع ما ذهب إليه الأصوليون، فعبارة النَّصّ عند الأصوليين تشمل المعنى المطابقي للفظ، والمعنى الالتزامي له إذا كان مقصودًا للشارع أو المتكلم، كما يشمل أيضًا المعنى التضمني، أما على موقف فقهاء القانون من تكييف عبارة النَّصّ بأنها المعنى الحرفي للنص، وبأن دور المفسر في عبارة النَّصّ يقتصر على التطبيق الآلي للنص، فإن هذا يعد حصرًا لدلالة عبارة النَّصّ في المعنى المطابق الموضوعي للنص، وهذا الخطأ كما وقع فيه بعض فقهاء القانون فقد وقع فيه فقهاء القانون اليمني، حيث يقولون عن عبارة النص: بأنها "المعنى الحرفي للنص"[٣]، وبأنها "منطوق النص"[٤]، وكان الأولى الاقتصار على تعريفه بالمنطوق.

٢ - **بالنسبة لإشارة النص**: يجب الاحتياط الشديد في الاستدلال بطريق دلالة الإشارة وقصرها على ما يكون لازمًا لمعنى من معاني النَّصّ لا انفكاك له، إذ إنّ هذا هو الذي يكون النَّصّ دالاً عليه، أما تحميل النَّصّ معانيَ بعيدة لا تلازم بينها وبين معنى فيه زعمًا أنها بطريق دلالة الإشارة، فهو شطط في فهم النُّصوص، ولذا يجب ألا يتصدى لاستنباط الأحكام عن طريق دلالة الإشارة إلا أهل الخبرة في فهم مدلولات الألفاظ في اللغة وأهل الفقه، ولا يقتصر هذا على فهم النُّصوص الشرعيَّة،

(١) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٨.

(٢) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٢٩.

(٣) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١١٢.

(٤) السابق، ١١٢.

بل إن هذا يشمل أيضًا النُصوص القانونية فيجب ألا يتصدى لاستنباط الأحكام عن طريق دلالة الإشارة إلا أهل الخبرة في فهم نصوص القانون الذي يتطلب فهم اللغة، بخلاف دلالة العبارة التي تبدو للفقيه وغير الفقيه؛ لأن دلالة عبارة النَّصّ على المعنى المستفاد منها هي دلالة واضحة لا تحتاج إلى تأمل، بخلاف دلالة الإشارة التي تختلف أنظار الفقهاء في إدراكها ومقدار ما يظهر منها، فأهل الخبرة في فهم الألفاظ الشرعيَّة والقانونية هم المختصون باستخراج تلك المعاني الالتزامية[١].

٣ - **بالنسبة لدلالة النص:** دلالة النص، أو (مفهوم الموافقة) يعتبره فقهاء القانون طريقًا من طرق الاستنتاج بالقياس، وهو عندهم نوعان: قياس مساوي، وقياس من باب أولى، وقد ظهر لنا فيما سبق أسباب عدم اعتبار مفهوم الموافقة من قبيل القياس؛ فمفهوم الموافقة معنى يفهم من منطوق النَّصّ بمجرد فهم اللغة، أما القياس فإنه يتوقف على اجتهاد في فهم العلة في المقيس والمقيس عليه، وهذا الفرق قد أوضحه عبد الوهاب خلاف ﷺ بقوله: "الفرق بين دلالة النَّصّ وبين القياس أن مساواة المفهوم الموافق لمنطوق النَّصّ تفهم بمجرد فهم اللغة من غير توقف على اجتهاد واستنباط، وأما مساواة المقيس للمقيس عليه فلا تفهم بمجرد فهم اللغة، بل لا بد من اجتهاد في استنباط العلة في حكم المقيس عليه ومعرفة تحققها في المقيس"[٢]، وإطلاق اسم القياس على مفهوم الموافقة قال به فقهاء القانون اليمني[٣]، وهو إطلاق غير سليم لما سبق ذكره.

ويلاحظ أن فقهاء القانون وإن كانوا يقولون إن المجال الذي يكون فيه التفسير هو القانون المكتوب، وأنه يتعين على القاضي أن يقوم بحل ما يعرض عليه

---

(١) أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ١٣١؛ تفسير النُصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٥١٤، ٥١٥.

(٢) علم أصول الفقه، ١٤٩.

(٣) الوجيز في مدخل القانون، د. الشامي، ١١٣؛ دروس في مدخل القانون، عميد د. عوض يعيش، ٧٤.

من منازعات، وعليه في سبيل ذلك أن يلجأ إلى طرق التفسير المختلفة ليستعين بها على الوصول إلى حكم لحل المنازعات من النصوص الموجودة، إلا أنهم مع ذلك لا يطلقون العنان في الاستدلال بقواعد الدلالات على الألفاظ على معانيها، فهناك حالات ينبغي الوقوف على المعنى المستفاد من ألفاظ النصّ فقط دون البحث عن روحه وفحواه[١]، وهذه الحالات هي المسائل الجنائيّة، حيث يجب فيها اتباع ما يصطلح فقهاء القانون على تسميته بـ (التفسير الضيق) الذي يعني: "الوقوف عند المعنى المستفاد من ألفاظ النصّ فقط دون البحث عن روحه وفحواه"[٢]، وهذا التفسير الضيق يسمى: (تفسير الحصر أو التضييق)[٣]؛ لأنه يكون عند تفسير القوانين المتعلّقة بالنظام العام، لأن نصوصها تتصل بالمصالح الأساسية للمجتمع[٤].

والتفسير الضيق يعني: تبيين إرادة المشرع الحقيقية دون مجاوزة ذلك إلى إرادة مفترضة، ومجاله المسائل الجنائيّة، فالقانون الجنائيّ يضيق من دائرة التفسير لإزالة ما يعتري النصوص القانونية من غموض، اتباعا للقاعدة القانونية المقررة في القانون الجنائي من أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون[٥]؛ ولذا يمتنع اللجوء إلى القياس والأخذ به في القواعد الجنائيّة؛ لأن النّصّ قد يكون قاصرًا على وقائع محددة، ومن ثم فإن إعمال القياس يكون مخالفًا لإرادة منضبطة عند المشرع[٦]، فقاعدة: **"لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بقانون"** هي التي تحدد نطاق التفسير الضيق في المسائل الجنائيّة[٧]، لأن الأصل في الأفعال أنها مباحة، ولذلك فإن القواعد القانونية

---

(١) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٠،٢١٧،٢١٩.

(٢) السابق، ٢١٧.

(٣) أصول القانون، د. عبد الرزاق السنهوري، ود. أبو ستيت، ٢٤٤.

(٤) السابق، ٢٤٤.

(٥) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣٢- ٣٣٣؛ بيان النصوص التشريعيّة، بدران أبو العينين بدران، ١٢٩؛ شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٠٣.

(٦) تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٢٤٦.

(٧) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣٣.

إذا كانت تجعل بعض الأفعال التي يرتكبها الإنسان أفعالاً محرمة معاقبًا عليها فإن ذلك يعد استثناء من ذلك الأصل، ولهذا ينبغي أن تفسر القوانين الجنائيَّة تفسيرًا ضيقًا لأنها استثناء من الأصل العام[1].

أي أنه إذا كانت القاعدة هي إباحة كل عمل لم يحرمه نص خاص فإنه لا يصح التوسع في تفسير النصوص الجنائيَّة ومدها إلى حالات أخرى مشابهة؛ وعلى ذلك فإن القاضي في قانون العقوبات لا يصح له التوسع في تفسير نصوصه ومده إلى حالات أخرى مشابهة، فالتفسير الضيق بطريق الحصر والتقيد كثيرًا بالألفاظ التي عبر عنها المشرع عن غرضه في قانون العقوبات هو الذي يتبع[2]؛ ذلك أن تفسير قانون العقوبات تفسيرًا واسعًا قد يؤدي إلى تقييد الحرية الشخصيَّة، ولأنه قانون تتصل نصوصه بالمصالح الأساسية للمجتمع، وهي لذلك تكون قيدًا على الحرية الشخصيَّة[3]، كما أن التفسير الواسع قد يؤدي إلى خلق جرائم أو فرض عقوبات لم ينص عليها القانون، وهو ما لا يجوز بحال من الأحوال؛ اتباعا لقاعدة: "**لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص**"[4]، ولكن تفسير القوانين الجنائيَّة تفسيرا واسعًا قد يكون سائغًا مقبولاً أحيانًا، وذلك إذا كان يؤدي تفسيرها إلى صالح المتهم[5]؛ لأن هذا التفسير يعتبر رجوعًا إلى الأصل العام وهو أن الأصل في الأفعال أنها مباحة[6]، أي أنه إذا تعلق الأمر "بالإجراءات الجنائيَّة، أو المنع من العقاب، أو الإعفاء من المسئولية الجنائيَّة، فلا حرج في التوسع في التفسير"[7].

---

(١) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٩.

(٢) أصول القانون، د. عبد الرزاق السنهوري، د. أبو ستيت، ٢٤٤- ٢٤٥.

(٣) السابق، ٢٤٤.

(٤) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣٣.

(٥) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٩.

(٦) أصول القانون، د. عبد الرزاق السنهوري، ود. أبو ستيت، ٢٤٥؛ المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٩.

(٧) محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ٣٣٣.

وهكذا فإن التوسع في التفسير في القانون الجنائي محصور ببعض الحالات، بخلاف القوانين غير الجنائيّة التي هي مجال لتفسير التوسع، الذي "يكون عندما يراد تفسير قوانين مكملة أو مفسرة لإرادة المتعاقدين، فيجب في هذه الحالة عدم التقيد باللفظ وحده، بل يرجع إلى المصلحة التي قصد إليها المشرع، فيطبق على كل حالة مشابهة للحالة التي نص عليها؛ ذلك أن الغرض من هذه القوانين – كما رأينا – هو تنظيم أعمال الناس التي لا تتصل بمصالح المجتمع الأساسية، ولا يستطيع المشرع الإحاطة بكل هذه الأعمال؛ ولذا يكون من المعقول التوسع في تفسير النّصّ ليشمل حالات أخرى تشابه ما نص عليه المشرع منها"[1].

غير أن التفسير الضيق الواجب التزامه في المسائل الجنائيّة وإن كان يعني التقيد بألفاظ قانون العقوبات، إلا أن هذا لا يعني مطلقًا التقيد بحرفية النص، إذ قد يكون في هذا جمود عن فهم غرض الشارع[2]، وجمعًا بين التزام التفسير الضيق في قانون العقوبات وعدم إهدار غرض الشارع من النّصّ قال بعض فقهاء القانون: إن التفسير الضيق في قانون العقوبات يكون في نطاق النّصّ ومراعاة حكمة الشارع التي توخاها من النص، وهذا ما ورد في أصول القانون للسنهوري، وأبي ستيت، فقد جاء فيه: "... فقانون العقوبات مثلاً يُفَسر بطريق الحصر وبالتقيد كثيرًا بالألفاظ التي عبر عنها المشرع عن غرضه، إلا في بعض الأحوال إذا كانت مصلحة المتهم وروح التشريع يقتضيان التفسير الواسع"[3]، وهذا هو أيضًا موقف فقهاء القانون اليمني، ففي نصوص المواد الجزائيّة يسود فيها مبدأ الجرائم والعقوبات القائل: بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص؛ وعلى ذلك فإن القاضي – إذا لم يجد نصاً يجرّم الفعل المنسوب إلى المتهم – فليس له إلا الحكم بالبراءة، ولا يجوز له أن يتوسع في

---

(١) أصول القانون، د. عبد الرزاق السنهوري، ود. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٤٤.

(٢) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ١١٨.

(٣) أصول القانون، ٢٤٥.

التفسير فيجرم الفعل المنسوب إلى المتهم بالقياس على فعل آخر ورد نص بتجريمه[1]، وهو ما يعني أن مجال التفسير في قانون الجرائم والعقوبات ضيق جدًا، فهو كشف دقيق عن معنى النصّ دون أي توسع قد يؤدي إلى الخروج عنه ولو خروجًا يسيرًا؛ لأن التوسع في التفسير في القانون الجنائي قد يؤدي إلى الخروج بالنص عن غرض الشارع، وهذا ممنوع أيضًا حتى لا يؤدي إلى القياس في مجال التجريم والعقاب[2]، وخلق جرائم وعقوبات غير منصوص عليها.

٣ – **بالنسبة لدلالة الاقتضاء:** مع أن دلالة الاقتضاء من قواعد الدلالات، إلاّ أن كثيرًا من فقهاء القانون – ومنهم فقهاء القانون اليمني – لم يتناولوها، ولم أقف على سبب واضح لذلك، مع أن قليلاً من الباحثين قد قرروا قاعدة دلالة الاقتضاء في القانون؛ مثل الدكتور/ عجيل جاسم النشمي، حيث قال: "تقرير القاعدة: اقتضاء النص: هو المعنى الذي لا يستقيم الكلام ولا يصح إلا بتقديره، ونصوص القوانين يراعى فيها ذلك، وتفهم عباراته وتفسر نصوصه على وفقه"[3]، ولكن نجد لبعض فقهاء القانون تطبيقات نادرة جدًا لدلالة الاقتضاء، وغالب الظن أن السبب في عدم ذكر دلالة الاقتضاء عند أغلب فقهاء القانون، هو أن الغالب في نصوص القانون أنها ترد في أحكام موجزة على هيئة مواد قانونية واضحة، ولأن "الأصل في التشريع أن يكون صريحًا واضحًا"[4]، وما دام هذا هو الغالب في التشريع فإن إعمال دلالة الاقتضاء يمكن أن يفسّر بها النصّ القانوني المشتمل على عيب نقص؛ لتصحيح ما

---

(١) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١١٨؛ شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٠٣.

(٢) شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٠٣.

(٣) الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة الحقوق، الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، العدد الأول، السنة (١٣)، شعبان ١٤٠٩هـ – مارس ١٩٨٩م، ط٣، ١٩٩٧م، ١٢٣.

(٤) القاعدة القانونية، د. محمد طه بدوي، ١٠٥.

عسى أن يقع في الألفاظ والنصوص التشريعيَّة من أخطاء مادية[1]، فهـذه الأخطـاء المادية يمكن أن تندرج تحت دلالة الاقتضاء، إذ إنه طبقًا لما سبق بيانه بشأن هـذه الدّلالة وتعريفها فإن صدق الكلام، أو صحته عقلاً، أو شرعًا، وكذلك قانونًا، يتوقـف على تقدير المعنى الذي لا يستقيم الكلام إلا بتقديره، فالأخطاء المادية تنـدرج تحـت دلالة الاقتضاء التي يتوقف على تقدير المقتضى صدق الكلام أو ضـرورة صـحته عقلاً، أما الأخطاء المعنويَّة فتشمل ما يجب تقديره لضرورة صحة الكلام قانونًا[2].

٤ – **بالنسبة للاستقرار والثبات:** مع أن فقهاء القانون الوضعي يذكرون قواعد طرق دلالات الألفاظ على معانيها ويسترشدون بها في تفسير القانون، إلا أن قواعد دلالات الألفاظ على معانيها عند الأصوليين كان لها السبق بما يزيد عن أربعة عشر قرنًا من الزمان، وكانت أكثر ثباتًا ورسوخًا فقد تأصلت مناهج الشريعة في التفسير وكان لهـا كل مقومات الثبات والاستقرار، واتضحت معالم الطريق للمفسر حتى يكون بمنـأى عن الخطأ والزلل والانحراف[3]، كما أن التفسير في الشريعة الإسلامية يرتبط إلـى حد كبير بدلالات الألفاظ ومعانيها ودرجة قوة كل منها، كل هذا لكي يحيط المفـسر بعلم ذلك، وبذا وضحت المعايير التي تبيّن الطريق، فكانت الطريق ميسّرة أمام القائم بالتفسير واضحة لا لبس فيها ولا غموض، أما فقهاء القانون فإننا نجد لهم مـدارس مختلفة في التفسير، وهو ما يمكننا من القول: بأن مدارس التفسير القانونية "تتصارع نحو الطريق الذي تسلك والمنهج الذي يتبع"[4] أي في التفسير، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن فقهاء القانون حينما استخدموا قواعد الدلالات اللغوية

---

(١) أصول القانون، د. عبد الرزاق السنهوري، و د. أحمد حشمت أبو ستيت، ٢٤٠.

(٢) تفسير النُصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٥٢٤.

(٣) تفسير النُصوص في الفقه الإسلامي –دراسة مقارنة– لمحمد أديب صالح، مطبعة جامعة دمشق، ط١، ١٣٨٤هـ – ١٩٦٤م، ٧٥، ٧٦.

(٤) بيان النُصوص التشريعيَّة، بدران أبو العينين بدران، ١٣١.

التي وضعها علماء الأصول لاستخلاص المعنى القانوني من النّصّ لم يأتوا بشيء جديد في هذا الصدد[1]، وهذا راجع إلى قدرة علماء الأصول في استثمار الأحكام من النصوص الشرعيَّة وفق قواعد الدلالات، وهذا – أيضًا – يعني تأسيس علماء الأصول لكيفية ذلك الاستثمار.

وهكذا فإن مناهج الأصوليين متكاملة، يلمس الباحث فيها الدقة والضبط وإمكان استخدامها، والإفادة منها على مر الأزمنة والعصور، فمناهج التفسير في الشريعة الإسلامية – والتي منها قواعد دلالات الألفاظ على معانيها – كان لها السبق بما يزيد عن أربعة عشر قرنًا من الزمان، حيث تأصلت تلك المناهج وقامت راسخة البنيان علمًا قائمًا بذاته فيه كل مقومات الثبات والاستقرار والقدرة على ضبط خطوات المفسِّر التي تعصمه من أي زلل أو انحراف.

(١) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٧٩، هامش ٤.

الفصل الثالث

أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في الأحوال الشخصيّة والجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني

ويشتمل على: -

المبحث الأول: أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في الأحوال الشخصيّة في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في قانون الأحوال الشخصيّة اليمني.

المبحث الثالث: أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في الفقه الجنائي الإسلامي.

المبحث الرابع: أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني.

المبحث الخامس: أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

المبحث السادس: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في القضاء.

المبحث السابع: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في التشريع.

المبحث الأول

أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في الأحوال الشخصيَّة في الشريعة الإسلامية

أولاً: التطبيق في الأنكحة

١ – إباحة النكاح بأربع زوجات بدلالة عبارة قولـه تعـالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾[١].

وتوضيح ذلك: أن دلالة عبارة النَّص القرآني هي إباحة النكاح وهذا حكـم ظاهر، بخلاف العدد فإنه نص فيه[٢]، فالآية تدل بلفظها وعبارتها على إباحة الزواج، وعلى وجوب الاقتصار على زوجة واحدة إذا خاف الزوج عدم العدل عنـد التعـدد، وهذا مستفاد من طريق عبارة النص؛ لأن الكلام مسوق لذلك، ولكن الاقتصار علـى أربع هو المقصود أصالة من السياق، وإباحة هذا الزواج مذكور على سـبيل التبـع، ليتوصل به إلى إفادة المعنى المقصود أصالة[٣]، يدل على ذلك مـا ورد فـي سـبب نزول هذه الآية من أن الرجال: "كانوا يتحرجون عن أموال اليتامى، ويترخصون في النساء ويتزوجون بما شاءوا، فربما عدلوا وربما لم يعدلوا، فلما سألوا عـن اليتـامى

---

(١) من الآية ٣ من سورة النساء.

(٢) شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون -بهامش كشف الأسرار-، ٣٧٥/١.

(٣) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، وشرحه تيسير التحرير، لأمير باد شاه، طبعة دار الفكر، ٨٧/١؛ مذكرة في أصول الفقه، لزكي الدين شعبان، ٢٨٠، ٢٨١؛ أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، د. مصطفى الخن، ١٢٨، ١٢٩؛ أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ٢٣٠.

نزلت آية اليتامى: ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾ الآية[1]، وأنزل الله تعالى أيضا: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَـٰمَىٰ ﴾ الآية[2]، يقول: كما خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى، فكذلك فخافوا في النساء أن لا تعدلوا فيهن، فلا تتزوجوا أكثر ما يمكنكم القيام بحقهن؛ لأن النساء كاليتامى في الضعف والعجز، وهذا قول ابن عباس"[3]، فإذا كان قوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً ﴾[4] يفهم منه بطريق العبارة وجوب الاقتصار على زوجة واحدة إذا خاف الزوج عدم العدل، فإن هذا معناه أنه لا يحل له دينيًا لا قضائيًا أن يتزوج بأكثر من واحدة إذا تأكد أنه لا يعدل بين أزواجه، ويفهم منه بطريق الإشارة أن العدل مع الزوجة واجب دائمًا، سواء أكان متزوجًا واحدة، أم كان متزوجًا أكثر من واحدة، وأن ظلم الزوجة حرام[5].

وبناء على قاعدة دلالة النصّ فإنه يفهم من منطوق قوله تعالى: ﴿ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَـٰثَ وَرُبَـٰعَ ﴾[6] إباحة التزوج من اثنتين وثلاث؛ لأن إباحة التزوج من أربع نساء يدل على إباحة التزوج من أقل من أربع[7]، أما تزوج ما زاد عن الأربع فإن الآية سكتت عنه، ولكن بناءً على قاعدة مفهوم العدد المخالف فإن ما زاد على الأربع محرّم بدليل الخطاب.

---

(١) الآية ٢ من سورة النساء.

(٢) الآية ٣ من سورة النساء.

(٣) أسباب النزول، للواحدي، ١٠٥، ١٠٦.

(٤) من الآية ٣ من سورة النساء.

(٥) أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ١٣٠، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، للمؤلف نفسه، ٢٠١.

(٦) من الآية ٣ من سورة النساء.

(٧) الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، د. عجيل جاسم النشمي، مجلة الحقوق -جامعة الكويت، السنة (١٣) العدد (١)، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، ١٠١.

٢ – تحريم نكاح زوجات الآباء بمنطوق قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا (٢٢)﴾[١].

وتوضيح ذلك: أن منطوق الآية يدل على تحريم نكاح زوجات الآباء، ولذلك كانت هذه الآية هي الأصل في هذا التحريم[٢].

٣ – الاستدلال بمفهوم الشرط المخالف على تحريم بنت الزوجة بالدخول بدلالة قوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾[٣].

هذه الآية أصل في تحريم بنات الزوجات، والاتفاق على ذلك التحريم بالدخول[٤]، والمراد بذلك: الربيبة، وهي بنت زوجة الرجل من آخر، سميت بذلك لأنه يربيها غالبًا كولده[٥]، ولكن هل من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون في حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه؟

المفهوم المخالف لقوله تعالى: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُم﴾[٦] هو أن الربائب اللاتي لسن في الحجور لا يحرم نكاحهن، ولكن هذا المفهوم ليس

---

(١) الآية ٢٢ من سورة النساء، وقد جاء في سبب نزول هذه الآية، أنها: "نزلت في حصن بن أبي قيس، تزوج بامرأة أبيه كبشة بنت معن، وفي الأسود بن خلف، تزوج امرأة أبيه، وصفوان بن أمية بن خلف، تزوج امرأة أبيه، فأخته بنت الأسود بن المطلب، وفي منصور بن ماذن (بالذال)، تزوج امرأة أبيه مليكة بنت خارجة، وقال أشعث بن سوار: توفي أبو قيس، وكان من صالحي الأنصار فخطب ابنه قيس امرأة أبيه، فقالت: إني أعدك ولدًا، ولكني آتي رسول الله ﷺ أستأمره، فأتته، فأخبرته، فأنزل الله تعالى هذه الآية". انظر: [أسباب النزول، للواحدي، ١٠٩].

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٧.

(٣) من الآية ٢٣ من سورة النساء.

(٤) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٧.

(٥) تيسير التحرير، لأمير بادشاه، ١/٩٩.

(٦) من الآية ٢٣ من سورة النساء.

مقصودًا؛ لأن من شرط مفهوم المخالفة أن لا يخرج مخرج الغالب، فإن خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له، وقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم﴾ خرج مخرج الغالب؛ لذلك فلا مفهوم للمخالفة فيه، وليس للشرط فيه – وهو كون الربيبة في حجر زوج الأم – تأثير، فلا فرق في ذلك بين التي في حجر الزوج أو التي ليست في حجره، بل هن محرمات، سواء أكُنَّ في الحجور أم لم يكُنَّ، فهذا خرج مخرج الغالب، فإن الغالب كون الربائب في الحجور والقيد خرج هذا المخرج، وليس الغرض منه أن حكم اللاّتي لسن في الحجور بخلاف ذلك، فتحرّم الربيبة بإطلاق، ولا تأثير لوصف حجر الزوج في تحريم الربيبة، وبهذا قال الجمهور[1]، خلافًا لما نسب إلى داود الظاهري من أنه قال: إن من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون في حجر الزوج[2]، إلا أنه قد أجيب عن قول داود هذا: بأنه جعل ذلك شرطًا غير معقول المعنى[3]، علاوة على أنه لا دليل على ذلك.

ومع أن الحنفية لا يقولون بمفهوم المخالفة في النُّصوص الشرعيَّة، إلا أنهم قالوا بقول الجمهور، وهو أن كون الربيبة في حجر زوج الأم ليس بشرط للحرمة؛ لأن إضافة النساء إلى المدخول بهنّ في قوله تعالى: ﴿مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾، ليس مذكورًا على وجه الشرط، بل على وجه الزيادة، وهذه الزيادة هي زيادة تعريف للنساء، فلا يكون ذلك في معنى الشرط حتى يكون دليلاً على نفي الحكم قبل وجوده، كما في قوله: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾[4] فإن هذا يدل على حرمة

---

(١) انظر في نسبة هذا القول إلى الجمهور: [بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٧]. وانظر في هذا القول: [أصول السرخسي، ١/٢٧٩؛ كشف الأسرار، للنسفي، ١/٤٢١؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٢٦؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى -في مقدمة كتابه: البحر الزخار -١/٢٠٠؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦١].

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٧.

(٣) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٧.

(٤) سورة النساء: من الآية ٢٣.

المبحث الأول

أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في الأحوال الشخصيَّة في الشريعة الإسلامية

أولاً: التطبيق في الأنكحة

١ - إباحة النكاح بأربع زوجات بدلالة عبارة قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾[١].

وتوضيح ذلك: أن دلالة عبارة النصّ القرآني هي إباحة النكاح وهذا حكم ظاهر، بخلاف العدد فإنه نص فيه[٢]، فالآية تدل بلفظها وعبارتها على إباحة الزواج، وعلى وجوب الاقتصار على زوجة واحدة إذا خاف الزوج عدم العدل عند التعدد، وهذا مستفاد من طريق عبارة النص؛ لأن الكلام مسوق لذلك، ولكن الاقتصار على أربع هو المقصود أصالة من السياق، وإباحة هذا الزواج مذكور على سبيل التبع، ليتوصل به إلى إفادة المعنى المقصود أصالة[٣]، يدل على ذلك ما ورد في سبب نزول هذه الآية من أن الرجال: "كانوا يتحرجون عن أموال اليتامى، ويترخصون في النساء ويتزوجون بما شاءوا، فربما عدلوا وربما لم يعدلوا، فلما سألوا عن اليتامى

---

(١) من الآية ٣ من سورة النساء.

(٢) شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون -بهامش كشف الأسرار-، ٣٧٥/١.

(٣) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، وشرحه تيسير التحرير، لأمير باد شاه، طبعة دار الفكر، ٨٧/١؛ مذكرة في أصول الفقه، لزكي الدين شعبان، ٢٨٠، ٢٨١؛ أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، د. مصطفى الخن، ١٢٨، ١٢٩؛ أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ٢٣٠.

نزلت آية اليتامى: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ الآية[1]، وأنزل الله تعالى أيضًا: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ﴾ الآية[2]، يقول: كما خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى، فكذلك فخافوا في النساء أن لا تعدلوا فيهن، فلا تتزوجوا أكثر ما يمكنكم القيام بحقهن؛ لأن النساء كاليتامى في الضعف والعجز، وهذا قول ابن عباس"[3]، فإذا كان قوله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً﴾[4] يفهم منه بطريق العبارة وجوب الاقتصار على زوجة واحدة إذا خاف الزوج عدم العدل، فإن هذا معناه أنه لا يحل له دينيًا لا قضائيًا أن يتزوج بأكثر من واحدة إذا تأكد أنه لا يعدل بين أزواجه، ويفهم منه بطريق الإشارة أن العدل مع الزوجة واجب دائمًا، سواء أكان متزوجًا واحدة، أم كان متزوجًا أكثر من واحدة، وأن ظلم الزوجة حرام[5].

وبناء على قاعدة دلالة النصّ فإنه يفهم من منطوق قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾[6] إباحة التزوج من اثنتين وثلاث؛ لأن إباحة التزوج من أربع نساء يدل على إباحة التزوج من أقل من أربع[7]، أما تزوج ما زاد عن الأربع فإن الآية سكتت عنه، ولكن بناءً على قاعدة مفهوم العدد المخالف فإن ما زاد على الأربع محرَّم بدليل الخطاب.

---

(١) الآية ٢ من سورة النساء.

(٢) الآية ٣ من سورة النساء.

(٣) أسباب النزول، للواحدي، ١٠٥، ١٠٦.

(٤) من الآية ٣ من سورة النساء.

(٥) أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ١٣٠، الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، للمؤلف نفسه، ٢٠١.

(٦) من الآية ٣ من سورة النساء.

(٧) الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، د. عجيل جاسم النشمي، مجلة الحقوق -جامعة الكويت، السنة (١٣) العدد (١)، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، ١٠١.

٢ – تحريم نكاح زوجات الآباء بمنطوق قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴾[١].

وتوضيح ذلك: أنّ منطوق الآية يدل على تحريم نكاح زوجات الآباء، ولذلك كانت هذه الآية هي الأصل في هذا التحريم[٢].

٣ – الاستدلال بمفهوم الشرط المخالف على تحريم بنت الزوجة بالدخول بدلالة قوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾[٣].

هذه الآية أصل في تحرايم بنات الزوجات، والاتفاق على ذلك التحريم بالدخول[٤]، والمراد بذلك: الربيبة، وهي بنت زوجة الرجل من آخر، سميت بذلك لأنه يربيها غالبًا كولده[٥]، ولكن هل من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون في حجر الزوج أم ليس ذلك من شرطه؟

المفهوم المخالف لقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم ﴾[٦] هو أن الربائب اللاتي لسن في الحجور لا يحرم نكاحهن، ولكن هذا المفهوم ليس

---

(١) الآية ٢٢ من سورة النساء، وقد جاء في سبب نزول هذه الآية، أنها: "نزلت في حصن بن أبي قيس، تزوج بامرأة أبيه كبشة بنت معن، وفي الأسود بن خلف، تزوج امرأة أبيه، وصفوان بن أمية بن خلف، تزوج امرأة أبيه، فأخته بنت الأسود بن المطلب، وفي منصور بن ماذن (بالذال)، تزوج امرأة أبيه مليكة بنت خارجة، وقال أشعث بن سوار: توفي أبو قيس، وكان من صالحي الأنصار فخطب ابنه قيس امرأة أبيه، فقالت: إني أعدك ولدًا، ولكني آتي رسول الله ﷺ أستأمره، فأتته، فأخبرته، فأنزل الله تعالى هذه الآية". انظر: [أسباب النزول، للواحدي، ١٠٩].

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٧.

(٣) من الآية ٢٣ من سورة النساء.

(٤) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٧.

(٥) تيسير التحرير، لأمير بادشاه، ١/٩٩.

(٦) من الآية ٢٣ من سورة النساء.

مقصودًا؛ لأن من شرط مفهوم المخالفة أن لا يخرج مخرج الغالب، فإن خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له، وقوله تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم﴾ خرج مخرج الغالب؛ لذلك فلا مفهوم للمخالفة فيه، وليس للشرط فيه - وهو كون الربيبة في حجر زوج الأم - تأثير، فلا فرق في ذلك بين التي في حجر الزوج أو التي ليست في حجره، بل هن محرمات، سواء أكُنَّ في الحجور أم لم يكُنَّ، فهذا خرج مخرج الغالب، فإن الغالب كون الربائب في الحجور والقيد خرج هذا المخرج، وليس الغرض منه أن حكم اللاّتي لسن في الحجور بخلاف ذلك، فتحرّم الربيبة بإطلاق، ولا تأثير لوصف حجر الزوج في تحريم الربيبة، وبهذا قال الجمهور[1]، خلافًا لما نسب إلى داود الظاهري من أنه قال: إن من شرط تحريم بنت الزوجة أن تكون في حجر الزوج[2]، إلا أنه قد أجيب عن قول داود هذا: بأنه جعل ذلك شرطًا غير معقول المعنى[3]، علاوة على أنه لا دليل على ذلك.

ومع أن الحنفية لا يقولون بمفهوم المخالفة في النصوص الشرعيّة، إلا أنهم قالوا بقول الجمهور، وهو أن كون الربيبة في حجر زوج الأم ليس بشرط للحرمة؛ لأن إضافة النساء إلى المدخول بهنّ في قوله تعالى: ﴿مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾، ليس مذكورًا على وجه الشرط، بل على وجه الزيادة، وهذه الزيادة هيّ زيادة تعريف للنساء، فلا يكون ذلك في معنى الشرط حتى يكون دليلاً على نفي الحكم قبل وجوده، كما في قوله: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾[4] فإن هذا يدل على حرمة

---

(١) انظر في نسبة هذا القول إلى الجمهور: [بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٧]. وانظر في هذا القول: [أصول السرخسي، ١/٢٧٩؛ كشف الأسرار، للنسفي، ١/٤٢١؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٢٦؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى -في مقدمة كتابه: البحر الزخار -١/٢٠٠؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦١].

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٧.

(٣) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٧.

(٤) سورة النساء: من الآية ٢٣.

أمهات النساء حرمة مطلقة، وأمهات نسائكم معرف بالإضافة إلينا، وهذا مذكور على وجه الزيادة في تعريف النساء[1].

٤ – الاستدلال بالمفهوم المخالف للغاية على انتهاء تحريم المرأة على مطلقها بالثلاث بوطء الزوج الثاني لها بقوله تعالى: ﴿ فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ ﴾[2].

هذا النصّ يدل بمنطوقه على تحريم المطلقة ثلاثًا على زوجها المطلِّق، وأن أمد الحكم بالتحريم يستمر ما دام لم ينته إلى غايته[3]،وغاية انتهاء التحريم هو أن تنكح زوجًا غيره، فتحريم المرأة على مطلقها ثلاثًا ينتهي بغاية هي وطء الزوج الثاني لها، ويدل المفهوم المخالف لهذه الآية على نقيضه – ومفهوم المخالفة بمفهوم الغاية: أنّ المطلقة ثلاثا إذا تزوجت زوجًا غير مطلقها فإنها تحل لزوجها الأول[4] – وهذا بعد حصول الفرقة بين المرأة وزوجها الآخر وانقضاء عدتها؛ إذ إنّ تعليق الحكم بالغاية موضوع للدلالة على أن ما بعدها بخلاف ما قبلها.

٥ – مباشرة الولي عقد نكاح موليته بدلالة اقتضاء أمرها له بتوكيل من يزوجها.

هذا المثال يستدل به العلماء على دلالة الاقتضاء، كما إذا قالت المرأة لوليها: "وكِّل مَنْ يزوجني" واقتصرت على ذلك فإن للولي التوكيل في ذلك ومباشرة التزويج بنفسه بدلالة الاقتضاء من قولها: "وكِّلْ مَنْ يزوجني"؛ لأن إذنها له بالتوكيل

---

(١) أصول السرخسي، ٢٧٩/١.

(٢) من الآية ٢٣٠ من سورة البقرة.

(٣) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٦١.

(٤) الإحكام، للآمدي، ٦٤/٢، ٤٩؛ القواعد والفوائد الأصولية لابن اللحام، ٣٥٩؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى –في مقدمة البحر الزخار– ٢٠٠/١؛ أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٥٤.

يقتضي المباشرة[1]؛ لأنّ الشخص إذا امتنع عليه مباشرة شيء فإنه يمتنع عليه إنابة غيره، وهذه قاعدة معلومة يُعبر عنها بأن: "**الأصل أن من امتنعت عليه المباشرة تمتنع عليه الاستنابة إلا عند الضرورة**"[2]، وذلك كتوكيل الأعمى غيره في البيع والشراء[3].

ثانيًا: التطبيق في المهور

ومثاله: الاستدلال بمفهوم الشرط المخالف على حرمة أخذ شيء من مهر الزوجة بدون رضاها، لقوله تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَّرِيئًا ④﴾[4]، فمنطوق الآية قد علق الحكم على شرط والحكم هو: حلّ الأخذ من مهر الزوجة، فإن الله سبحانه أباح للأزواج الأكل من المهور التي تتبرع بها زوجاتهم، والشرط في هذا الحكم هو رضا الزوجات بهذا التبرع، وتعليق هذا الحكم بالشرط يدل على حرمة أخذ شيء من مهورهن دون رضاهن؛ لانتفاء الشرط، وهذا بدلالة مفهوم المخالفة بالشرط، فإذا انتفى الشرط انتفى الحكم، فإذا لم تطب نفس الزوجة عن شيء من مهرها فإنه يحرم أخذ شيء منه[5].

ثالثًا: التطبيق في الرجعة

حق الزوج مراجعة زوجته في الطلاق الرجعي مفهوم من منطوق قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾[6]، فهذا النصّ يدل بمنطوقه على أن الزوج يملك

---

(١) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣١١؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي لابن خطيب الدهشة، مطبعة الجمهورية، الموصل، ٤١٧/٢.

(٢) المصدران السابقان، نفس الأجزاء، نفس الصفحات.

(٣) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣١٠-٣١١.

(٤) من الآية ٤ من سورة النساء.

(٥) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٥٥؛ المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٦١؛ مذكرة في أصول الفقه، لزكي الدين شعبان، ٢٩٢.

(٦) من الآية ٢٢٨ من سورة البقرة.

رجعة الزوجة في الطلاق الرجعي ما دامت في العدة[1].

رابعًا: التطبيق في اللعان

وتوضيح ذلك: أنّ حلف الزوجين الأيمان في اللعان ثابت بمقتضى لفظ الشهادة؛ لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلۡخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعۡنَتَ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٧ وَيَدۡرَؤُاْ عَنۡهَا ٱلۡعَذَابَ أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلۡكَٰذِبِينَ ۝٨ وَٱلۡخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيۡهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٩ ﴾[2]،فقوله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ ﴾ يفهم منه بدلالة الاقتضاء معنى لازم، وهذا المعنى هو: فيحلف الزوج أربع شهادات بالله لقد رآها تزني وأن ذلك الحمل ليس منه، ويقول في الخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ويفهم أيضًا من قوله تعالى: ﴿أَن تَشۡهَدَ أَرۡبَعَ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ ﴾ بدلالة مقتضى اللفظ معنى لا بد فيه من اللفظ وهذا المعنى هو: أن تشهد هي أربع شهادات نقيض ما شهد هو به، ثم تقول في الخامسة أنّ غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وهذه هي صفة اللعان بين الزوجين[3].

خامسًا: التطبيق في النفقات والنسب والحمل

١ – نفي النفقة للمبتوتة غير الحامل بدلالة مفهوم المخالفة بالشرط.

قال الله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمۡلٖ فَأَنفِقُواْ عَلَيۡهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ ﴾ [4]، فدلالة

---

(١) بداية المجتهد، لابن رشد، ٦٨/٢.

(٢) الآيات ٦، ٧، ٨، ٩ من سورة النور.

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي، ١٣٤٤/٣؛ بداية المجتهد، ٩٦/٢. ومن الحكمة في التكرار في الأيمان: التغليظ في الفروج، واستحباب الستر فيها، كما أن من فائدة لعان الزوج: درء الحد عنه، ونفي النسب منه. انظر: [أحكام القرآن، لابن العربي، ١٣٤٤/٣، ١٣٤٦].

(٤) من الآية ٦ من سورة الطلاق.

منطوق الآية: هي وجوب النفقة للمطلقة بائنًا[1] بشرط كون المطلقة حاملاً، بدلالة منطوق: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ﴾، ولهذا نُقل اتفاق العلماء على أن للمعتدة الحامل النفقة والسكنى[2]، كما يدل منطوق الآية أيضًا على استمرار الإنفاق على الحامل المطلقة بائنًا إلى أن تضع حملها، عملاً بقيد الغاية الوارد في قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، فوجوب الإنفاق على المطلقة بائنًا مقيد بشرط وهو كونها في حالة حمل، ومقيد بغاية وهي استمرار الإنفاق إلى وضع الحمل.

أما إذا لم تكن حاملاً، فهذه الحالة لم يتناولها نص الآية الكريمة بمنطوقها، ولكن يفهم حكم هذه الحالة من تقييد حكم وجوب الإنفاق على المطلقة بائنًا بشرط الحمل، فيفهم من ذلك انتفاء الحكم عند انتفاء الشرط، وعليه فإنه لا نفقة للمطلقة بائنًا إذا لم تكن حاملاً، وهذا حكم مستفاد من طريق مفهوم المخالفة بالشرط، أما منطوق النصّ فلم يتناوله، وعملاً بمفهوم المخالفة فقد ذهب إلى هذا الحكم – وهو منع وجوب النفقة للمعتدة الحائل "غير الحامل" – مَن قال بحجية مفهوم المخالفة[3]؛ لدلالة مفهوم النصّ على ذلك؛ حيث إنَّ الله تعالى خص الحامل بالذكر في قوله: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، فقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ﴾ وصف للمبتوتة التي تستحق النفقة، وهذا الوصف هو أنها حامل، فإذا انتفى هذا الوصف انتفى الحكم –

---

(١) الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ١/٣٧٩.

(٢) هذا الاتفاق ذكره ابن رشد. انظر: [بداية المجتهد، ٢/٧٦]. كما ذكر أن للمعتدة الرجعية النفقة، والسكنى أيضًا، فقد قال: "اتفقوا على أن للمعتدة الرجعية النفقة والسكنى لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾[من الآية ٦ من سورة الطلاق]. انظر: [بداية المجتهد، ٢/٧٦]

(٣) المنهاج، للبيضاوي، وشرحه الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ١/٣٧٩؛ الإحكام، للآمدي، ٢/٤٩، تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني، ١٦٦؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٣/٣١٢، ٤/١٨٩؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٩؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى، في مقدمة البحر الزخار، ١/٢٠٠؛ شرح الأزهار، لابن مفتاح، ١/١٧٦؛ أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٥٥.

وهو وجوب الإنفاق – على غير الحامل، فينتفي الإنفاق للمبتوتة غير الحامل؛ لتعلق حكم الإنفاق بوصف الحمل[(١)]؛ ولأن حرف (إن) شرط، ويلزم من انتفاء الشرط انتفاء المشروط[(٢)].

أما من نفى حجية مفهوم المخالفة – كالحنفية – [(٣)] فقالوا: إنّ المبتوتة تستحق النفقة والسكنى، سواء كانت حاملاً أو غير حامل، بناء على قاعدتهم في نفي مفهوم المخالفة التي تقتضي أن الحكم إذا أضيف إلى مسمى بوصف خاص أو علق بشرط خاص فإنه ليس دليلاً على نفي الحكم عند عدم الوصف والشرط، ولذلك فإنّ قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[(٤)] لا يدل على نفي حكم الإنفاق على المبتوتة غير الحامل، وأخذوا وجوب النفقة لكل معتدة بالمفهوم مطلقاً من قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾[(٥)].

ومع أن بعض العلماء من غير الحنفية – كالغزالي – قد أنكر حجية مفهوم المخالفة بالشرط، إلا أنهم لم يقولوا بقول الحنفية بوجوب النفقة للمعتدة الحائل، بل قالوا بقول الجمهور بانتفاء النفقة للمعتدة الحائل لانتفاء النكاح، باعتبار النكاح علة للنفقة، وهذا ما عبر عنه الغزالي بقوله: "يجوز أن نوافق الشافعي في هذه المسألة وإن خالفناه في المفهوم من حيث إنّ انقطاع ملك النكاح يوجب سقوط النفقة، إلا ما استثني، والحامل هي المستثنى، فتبقى الحائل على أصل النفي، وانتفت نفقتها لا

---

(١) تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني، ١٦٦.

(٢) الإبهاج في شرح منهاج الوصول، لتاج الدين السبكي، ١/٣٧٩.

(٣) تأسيس النظر، للدبوسي، ٦٤؛ التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام مع تيسير التحرير، لأمير باد شاه، طبعة دار الفكر، ١/١٠١؛ الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٤٣. ونقل ابن رشد عن بعض العلماء، كداود، وأبي ثور، وإسحاق، وجماعة، أنهم قالوا: لا نفقة ولا سكنى للمبتوتة، إذا لم تكن حاملًا. انظر: [بداية المجتهد، ٢/٧٦].

(٤) من الآية ٦ من سورة الطلاق.

(٥) أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ١٤٣، والنص القرآني هو من الآية ٧ من سورة الطلاق.

بالشرط، لكن بانتفاء النكاح الذي كان علة النفقة"[١].

وهذا يجاب عنه: بأن العمل بالنفي الأصلي مع وجود النصّ لا ينتهض للقول بأن نفي النفقة عن الحائل منتف بالنفي الأصلي؛ لأن النصّ القرآني وهو قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُوْلَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُواْ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[٢] يدل بمفهوم المخالفة على نفي النفقة لغير أولات حمل، فتقييد وجوب الإنفاق بشرط حملها يدل على انتفاء هذا الحكم عند انتفاء هذا الوصف، وإلاّ لم يكن لقيد الوصف معنى، ولذلك كله فإن رأي الجمهور – بنفي نفقة المطلقة المبتوتة غير الحامل – هو الراجح بمقتضى قاعدة مفهوم المخالفة بالشرط، وهذا الحكم على النقيض من حكم المنطوق لانتفاء القيد.

كما ذهب ابن حزم إلى أن الآية لا تدل على أن غير الحامل بخلاف الحامل في النفقة؛ بناء على إنكاره حجية مفهوم المخالفة، حيث قال: "المطلقة لا تخلو من أن يكون طلاقها رجعيًا، أو غير رجعيٍّ، فإن كان رجعيًا فلها النفقة إذا كانت ممسوسة – كانت حاملاً أو كانت غير حامل – باتفاق من جميعنا، وإن كان غير رجعي فلا نفقة لها بنص السنة – سواء كانت حاملاً أو غير حامل – وإنما جاء النصّ المذكور في الطلاق الرجعي وبنص الآيات في قوله تعالى في الآية التي ابتدأ فيها في هذه السورة بتعليم الطلاق، ثم عطف سائر الآيات عليها ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[٣]، وهذا لا يكون إلاّ في رجعي، وأمسك تعالى عن ذكر غير الحامل في هذه السورة، فبينت السنة أن التي هي موطوءة وليست حاملاً بمنزلة الحامل، ولا فرق، ولا يحل لأحد أن يقول: لم سكت عن ذكر غير الحامل ههنا؟ فإن قال ذلك مقدم (هكذا مقدم) قيل له: سكت عن ذلك كما سكت فيها عن ذكر الخلع، وعن ذكر المتوفى عنها زوجها، وعن الفسخ، وغير ذلك"[٤].

---

(١) المستصفى، ٢/٨٤.

(٢) من الآية ٦ من سورة الطلاق.

(٣) من الآية ٢ من سورة الطلاق.

(٤) الإحكام، ٧/٣٣٨.

إذا أجلنا النظر في الوصف المتعلق بوجوب نفقة المبتوتة – وهذا الوصف هو حملها – فإننا نجد أن هذا الوصف الذي تقيد به الحكم هو وصف مناسب للحكم، فهو محقق للعدل في توزيع التكاليف؛ لأنه إذا انتفى هذا الوصف وهو الحمل في المبتوتة، بأن كانت حائلاً انتفى الحكم وهو وجوب الإنفاق، وثبت نقيضه وهو عدم وجوب الإنفاق، وتقييد الحكم بهذا الوصف ليس عبثًا، لأن قصد المشرع من هذا القيد هو الاحتراز بنفي الحكم عما عدا الحالة التي ورد فيها المنطوق، وإلا كان التقييد بالوصف عبثًا ما دام لم يظهر للشارع أي غرض آخر منه، والعبث لا يشرع، بل لا يتصور في تشريع القرآن والسنة، والتقييد بالشرط وتخصيصه بالذكر في قوله تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ ﴾[1] فيه فائدة أخرى، هي دفع توهم عدم وجوب نفقة العدة للحامل، إذ قد تطول مدة عدتها، فنية المشرع – كما هو الظاهر – أن المطلقة الحامل تستحق النفقة حتى تضع حملها، وعلى هذا فإن الشرط وارد لفائدة أخرى بجانب وروده للتقييد وبيان تشريع الحكم وقصره على حالة دون أخرى[2].

٢ – نفي الإنفاق على الحامل بعد وضع حملها بمفهوم الغاية المخالف

قال تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُولَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾[3]، فوجوب الإنفاق على المطلقة بائنًا في الآية مقيد بالحمل، وبغاية هي وضع الحمل،أما إذا وضعت حملها فإن حكم الإنفاق عليها لم يتناوله النصّ بمنطوقه، ولكن دل تقييد حكم وجوب الإنفاق بغاية وضع الحمل ﴿حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ على انتفاء هذا الحكم عند انتهاء الغاية؛ لأن حكم ما بعد الغاية مخالف لما قبلها، وإلا لم يكن للغاية معنى،

---

(١) من الآية ٦ من سورة الطلاق.

(٢) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٣٤.

(٣) من الآية ٦ من سورة الطلاق.

وعليه فلا نفقة لها بعد وضع حملها عملاً بمفهوم الغاية المخالف الذي استفيد منه هذا الحكم، فحكم انتهاء وجوب نفقة العدة للمطلقة بائناً بعد وضعها حملها دل عليه التقييد بالغاية، وهو حكم على النقيض من حكم المنطوق لانتفاء القيد فيه[1].

٣ – إلحاق نسب الابن بأبيه وتفرده بالإنفاق عليه وعدم تقدير النفقات بدلالة الإشارة من قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2].

هذا النصّ يدل بعبارته على أن نفقة الوالدات (الزوجات) من رزق وكسوة واجبة على الأب وهو المولود له وهو (الزوج)؛ لأن هذا المعنى ثابت بنص الآية وهو المتبادر من ظاهر اللفظ والآية موضوعة لذلك ومسوقة له[3]، ويدل النصّ بطريق الإشارة على أحكام، منها: –

أ- أن نسب الأبناء يكون إلى الآباء، وهذا ثابت بطريق الإشارة؛ لأن النصّ لم يسق لهذا ولا هو موضوع له، إلا أن الله تعالى في قوله: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ﴾[4] أضاف الولد إلى أبيه بحرف اللام التي هي للاختصاص فيكون ذلك دليلاً على أن الأب هو المختص بنسب ابنه إليه[5]، وهذا دالّ بالإشارة.

ب – أن الأب ينفرد في الإنفاق على ولده لا يشاركه في ذلك غيره، وهذا ثابت بطريق الإشارة من النصّ لا بطريق العبارة؛ لأنه لمّا كان الأب هو المختص بنسب ابنه إليه وإضافته إليه فإن النفقة تبتنى على هذه الإضافة، فالنص على إيجاب النفقة

---

(١) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٢١.
(٢) من الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.
(٣) أصول السرخسي، ١/٢٥١.
(٤) من الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.
(٥) أصول السرخسي، ١/٢٥٠؛ التنقيح في أصول الفقه، وشرحه التوضيح، لصدر الشريعة، ١/٢٤٣– ٢٤٤؛ التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، مع تيسير التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر، ١/٨٧– ٨٨.

على الوالد إشارة إلى لازم هذا المعنى المأخوذ من النص، وهو الانفراد بنفقة الأولاد، وإشارة إلى جزئه وهو أن النسب إلى الآباء[1].

جـ - أن هذا يدل بطريق الإشارة على أن الأجر المستحق بعمل الإرضاع من النفقة والكسوة يستغنى عن التقدير، ولا يشترط فيه الجنس والقدر وإنما يعتبر فيه المعروف[2].

فهذه الأحكام كلها لم يُسَق الكلام لإفادتها، وإنما هي نتائج لمعنى مقصود من النص، وهو أن نفقة الوالدات - من رزق وكسوة - واجبة على آباء الأولاد، فلهذا كانت دلالة الكلام على هذه الأحكام من قبيل الإشارة لا العبارة.

٤ - ثبوت أدنى الحمل بدلالة إشارة ما ورد في القرآن من مدة الحمل والفصال

قال تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾[3]، وقال تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾[4]، فهذان النصان يدل مجموعهما بطريق الإشارة على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وإن لم يكن هذا مقصودًا باللفظ.

وتوضيح ذلك: أن الثابت بدلالة العبارة من قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾ هو ظهور المنة وبيانها للوالدين على الولد، وبيان فضل الأم وما تقاسيه من التعب في الحمل والرضاع، والسياق يدل على ذلك؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا﴾[5]، فقد أمر بالإحسان إلى الوالدين، ثم بين السبب في جانب الأم بأنها حملت ولدها كرها ووضعته كرها، ثم

---

(١) أصول السرخسي، ١/٢٥٠؛ التنقيح وشرحه التوضيح، لصدر الشريعة، ١/٢٤٣- ٢٤٤.
(٢) أصول السرخسي، ١/٢٥١؛ التنقيح في أصول الفقه، لصدر الشريعة، ١/٢٤٤.
(٣) من الآية ١٥ من سورة الأحقاف.
(٤) من الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.
(٥) من الآية ١٥ من سورة الأحقاف.

ذكر أن المشقة لم تنته بالوضع بل امتدت إلى آخر زمن الرضاع، ولكن الثابت بدلالة إشارة قوله تعالى: ﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ هو أن أدنى مدة الحمل ستة أشهر؛ إذ إنّه قد ثبت بهذا النّصّ أن مدة الفصال حولان، فإذا مضى للفصال حولان فإنه يعلم أنه لم يبق للحمل إلا ستة أشهر؛ لأنه بطرح الحولين من ثلاثين شهرًا يكون الباقي ستة أشهر، فيعلم أنه أقل الحمل، ولكن هذا عُلم من طريق إشارة مجموع النصين، لا من طريق عبارتهما، وهذا الحكم لم يكن مقصودًا باللفظ[1].

ومثاله أيضًا: دلالة قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾[2] مع دلالة قوله تعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [3]، فالنصان يدلان بطريق الإشارة على أن أدنى مدة الحمل ستة أشهر، وإن لم تكن هذه الدّلالة مقصودة من اللفظ، فقد ثبت أن مدة الفصال حولان بنص قوله تعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ فإذا مضى للفصال عامان فلم يبق للحمل إلا ستة أشهر، وهذا لا يتبادر إلى الفهم من طريق العبارة، بل من طريق الإشارة[4]؛ ولهذا خفي ذلك على أكثر الصّحابة ﷺ واختص بفهمه ابن عباس ﷺ، فلمّا ذكر لهم ذلك قبلوا منه قوله واستحسنوه[5]؛ ذلك أن ابن عباس قد فهم من قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ مع قوله: ﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ

---

(١) أصول السرخسي، ٢٥٠/١؛ كشف الأسرار، للنسفي، ٣٧٧/١؛ منهاج الوصول إلى علم الأصول، للبيضاوي، ٣٨٤/١، وشرحه الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ٣٨٥/١؛ القواعد، للحصني، ٢٠٥/٣.

(٢) من الآية ١٥ من سورة الأحقاف.

(٣) من الآية ١٤ من سورة لقمان.

(٤) أصول السرخسي، ٢٥٠/١؛ كشف الأسرار، للنسفي، ٣٧٧/١- ٣٧٨؛ المستصفى، للغزالي، ٧٣/٢؛ الإحكام، للآمدي، ٤٦/٢؛ إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٢٧٠/١؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى -في مقدمة كتابه: البحر الزخار- ١٩٩/١.

(٥) أصول السرخسي، ٢٥٠/١؛ كشف الأسرار، للنسفي، ٣٧٧/١- ٣٧٨.

كاملين ﴾ أن المرأة قد تلد لستة أشهر، ولم يفهمه عثمان فهم برجم امرأة ولدت لستة أشهر، حتى ذكّره به ابن عباس، فأقر به(١).

ولا يخفى أن مقصد الشارع من جعل الرضاع سنتين هو دفع الضرر عن المولود؛ لأن "الأم إذا أرادت أن ترضعه أقل من حولين أو أكثر من حولين فذلك مباح لها، ما لم يكن في الفطام قبل الحولين ضرر على الرضيع"(٢).

سادسًا: التطبيق في الوصايا

إذا أوصى الموصي بشيء معين لزيد، ثم قال: أوصيت به لعمرو، فإن الإيصاء لعمرو لا يكون رجوعًا عن الإيصاء الأول لزيد، وهذا تطبيق لمفهوم المخالفة باللقب غير المعمول به؛ لأن التعبير باللقب – وهو اسم عمرو، الذي هو الاسم الثاني في الإيصاء – لا يكون دالاً على نفي غير عمرو عن الوصية له؛ ولذلك يشترك في الوصية زيد وعمرو(٣).

سابعًا: التطبيق في المواريث

تحديد بعض أنصباء الورثة هي من الأحكام الثابتة بمنطوق بعض الآيات، من أمثلة ذلك ما يلي: –

١ – قوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾(٤) فمنطوق الآية يدل على أن ميراث الأولاد من آبائهم ووالداتهم إن كانوا ذكورًا وإناثًا معًا هو أن للذكر مثل حظ الأنثيين، ويفهم من هذا المنطوق أن جميع المال للابن الواحد إذا انفرد(٥).

---

(١) إعلام الموقعين، لابن القيم، ١/٢٧٠.

(٢) الإحكام، ٧/٣٤٤.

(٣) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣٢٤.

(٤) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٥) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٧٧.

٢ – قوله تعالى – بشأن ميراث الأزواج –: ﴿ ۞ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم مِّن بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ ﴾[١]، فهذا النصّ يدل بمنطوقه على قدر ميراث الأزواج، فميراث الرجل من امرأته إذا لم تترك ولدًا ولا ولد ابن هو النصف – ذكرًا كان الولد أو أنثى – وإن تركت ولدًا فله الربع، ويدل منطوق الآية أيضًا على أن ميراث المرأة من زوجها إذا لم يترك الزوج ولدًا ولا ولد ابن هو الربع، فإن ترك ولدًا أو ولد ابن فالثمن، وأنه ليس يحجب الزوجات أحد عن الميراث، ولا ينقصهن إلا الولد؛ وهذا لورود النصّ في الآية[٢].

(١) من الآية ١٢ من سورة النساء.

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد،٢/٢٧٩.

ذكر أن المشقة لم تنته بالوضع بل امتدت إلى آخر زمن الرضاع، ولكن الثابت بدلالة إشارة قوله تعالى: ﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ هو أن أدنى مدة الحمل ستة أشهر؛ إذ إنه قد ثبت بهذا النصّ أن مدة الفصال حولان، فإذا مضى للفصال حولان فإنه يعلم أنه لم يبق للحمل إلا ستة أشهر؛ لأنه بطرح الحولين من ثلاثين شهرًا يكون الباقي ستة أشهر، فيعلم أنه أقل الحمل، ولكن هذا عُلم من طريق إشارة مجموع النصين، لا من طريق عبارتهما، وهذا الحكم لم يكن مقصودًا باللفظ[1].

ومثاله أيضًا: دلالة قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾[2] مع دلالة قوله تعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ ﴾ [3]، فالنصان يدلان بطريق الإشارة على أن أدنى مدة الحمل ستة أشهر، وإن لم تكن هذه الدّلالة مقصودة من اللفظ، فقد ثبت أن مدة الفصال حولان بنص قوله تعالى: ﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ ﴾ فإذا مضى للفصال عامان فلم يبق للحمل إلا ستة أشهر، وهذا لا يتبادر إلى الفهم من طريق العبارة، بل من طريق الإشارة[4]؛ ولهذا خفي ذلك على أكثر الصّحابة ﷺ واختص بفهمه ابن عباس ﷺ، فلمّا ذكر لهم ذلك قبلوا منه قوله واستحسنوه[5]؛ ذلك أن ابن عباس قد فهم من قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا ﴾ مع قوله: ﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ

---

(١) أصول السرخسي، ٢٥٠/١؛ كشف الأسرار، للنسفي، ٣٧٧/١؛ منهاج الوصول إلى علم الأصول، للبيضاوي، ٣٨٤/١، وشرحه الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ٣٨٥/١؛ القواعد، للحصني، ٢٠٥/٣.

(٢) من الآية ١٥ من سورة الأحقاف.

(٣) من الآية ١٤ من سورة لقمان.

(٤) أصول السرخسي، ٢٥٠/١؛ كشف الأسرار، للنسفي، ٣٧٧/١- ٣٧٨؛ المستصفى، للغزالي، ٧٣/٢؛ الإحكام، للآمدي، ٤٦/٢؛ إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٢٧٠/١؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى -في مقدمة كتابه: البحر الزخار- ١٩٩/١.

(٥) أصول السرخسي، ٢٥٠/١؛ كشف الأسرار، للنسفي، ٣٧٧/١- ٣٧٨.

على الوالد إشارة إلى لازم هذا المعنى المأخوذ من النص، وهو الانفراد بنفقة الأولاد، وإشارة إلى جزئه وهو أن النسب إلى الآباء[1].

جـ – أنّ هذا يدل بطريق الإشارة على أن الأجر المستحق بعمل الإرضاع من النفقة والكسوة يُستغنى عن التقدير، ولا يشترط فيه الجنس والقدر وإنما يعتبر فيه المعروف[2].

فهذه الأحكام كلها لم يُسَق الكلام لإفادتها، وإنما هي نتائج لمعنى مقصود من النص، وهو أن نفقة الوالدات – من رزق وكسوة – واجبة على آباء الأولاد، فلهذا كانت دلالة الكلام على هذه الأحكام من قبيل الإشارة لا العبارة.

٤ – ثبوت أدنى الحمل بدلالة إشارة ما ورد في القرآن من مدة الحمل والفصال

قال تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾[3]، وقال تعالى: ﴿۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ﴾[4]، فهذان النصان يدل مجموعهما بطريق الإشارة على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر وإن لم يكن هذا مقصودًا باللفظ.

وتوضيح ذلك: أن الثابت بدلالة العبارة من قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ هو ظهور المنة وبيانها للوالدين على الولد، وبيان فضل الأم وما تقاسيه من التعب في الحمل والرضاع، والسياق يدل على ذلك؛ لأن الله تعالى يقول: ﴿وَوَصَّيْنَا ٱلْإِنسَٰنَ بِوَٰلِدَيْهِ إِحْسَٰنًا ۖ حَمَلَتْهُ أُمُّهُۥ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا ۖ﴾[5]، فقد أمر بالإحسان إلى الوالدين، ثم بين السبب في جانب الأم بأنها حملت ولدها كرها ووضعته كرها، ثم

---

(١) أصول السرخسي، ١/٢٥٠؛ التنقيح وشرحه التوضيح، لصدر الشريعة، ١/٢٤٣– ٢٤٤.

(٢) أصول السرخسي، ١/٢٥١؛ التنقيح في أصول الفقه، لصدر الشريعة، ١/٢٤٤.

(٣) من الآية ١٥ من سورة الأحقاف.

(٤) من الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.

(٥) من الآية ١٥ من سورة الأحقاف.

﴿ كَامِلَيْنِ ﴾ أن المرأة قد تلد لستة أشهر، ولم يفهمه عثمان فهمَّ برجم امرأة ولدت لستة أشهر، حتى ذكّره به ابن عباس، فأقر به[1].

ولا يخفى أن مقصد الشارع من جعل الرضاع سنتين هو دفع الضرر عن المولود؛ لأن "الأم إذا أرادت أن ترضعه أقل من حولين أو أكثر من حولين فذلك مباح لها، ما لم يكن في الفطام قبل الحولين ضرر على الرضيع"[2].

سادسًا: التطبيق في الوصايا

إذا أوصى الموصي بشيء معين لزيد، ثم قال: أوصيت به لعمرو، فإن الإيصاء لعمرو لا يكون رجوعًا عن الإيصاء الأول لزيد، وهذا تطبيق لمفهوم المخالفة باللقب غير المعمول به؛ لأن التعبير باللقب – وهو اسم عمرو، الذي هو الاسم الثاني في الإيصاء – لا يكون دالاً على نفي غير عمرو عن الوصية له؛ ولذلك يشترك في الوصية زيد وعمرو[3].

سابعًا: التطبيق في المواريث

تحديد بعض أنصباء الورثة هي من الأحكام الثابتة بمنطوق بعض الآيات، من أمثلة ذلك ما يلي: –

١ – قوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾[4] فمنطوق الآية يدل على أن ميراث الأولاد من آبائهم ووالداتهم إن كانوا ذكورًا وإناثًا معًا هو أن للذكر مثل حظ الأنثيين، ويفهم من هذا المنطوق أن جميع المال للابن الواحد إذا انفرد[5].

---

(١) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢٧٠/١.

(٢) الإحكام، ٣٤٤/٧.

(٣) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣٢٤.

(٤) من الآية ١١ من سورة النساء.

(٥) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢٧٧/٢.

٢ – قوله تعالى – بشأن ميراث الأزواج –: ﴿ ۞ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ۚ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ۚ مِّنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ﴾(١)، فهذا النّصّ يدل بمنطوقه على قدر ميراث الأزواج، فميراث الرجل من امرأته إذا لم تترك ولدًا ولا ولد ابن هو النصف – ذكرًا كان الولد أو أنثى – وإن تركت ولدًا فله الربع، ويدل منطوق الآية أيضًا على أن ميراث المرأة من زوجها إذا لم يترك الزوج ولدًا ولا ولد ابن هو الربع، فإن ترك ولدًا أو ولد ابن فالثمن، وأنه ليس يحجب الزوجات أحد عن الميراث، ولا ينقصهن إلا الولد؛ وهذا لورود النّصّ في الآية(٢).

---

(١) من الآية ١٢ من سورة النساء.

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد،٢/٢٧٩.

المبحث الثاني

أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني

أولاً: التطبيق في قاعدة عبارة النَّصّ

قبل سرد بعض أمثلة تطبيقية لقواعد الدلالات في القانون اليمني، أود أن أشير إلى أن عبارة النَّصّ من أكثر الدلالات وضوحًا؛ لأن عبارة النَّصّ هي دلالة اللفظ على المعنى المتبادر فهمه من الصيغة ذاتها، سواء أكان هذا المعنى مقصودًا أصالة أم تبعًا؛ لذلك فإن أمثلة هذه الدّلالة في القانون لا تحصى؛ لأن كل نص قانوني إنما ساقه المشرّع لحكم خاص قصد تشريعه به، وصاغ ألفاظه وعباراته لتدل دلالة واضحة عليه، والنص في أي حكم شرعي أو وضعي له معنى تدل عليه عباراته، فنصوص القانون تراعى في صياغتها عبارة النَّصّ كما هي مراعاة عند تفسير تلك النُّصوص[1]، ولا يقتصر معنى النَّصّ على ما يدل عليه بطريق العبارة، بل قد يكون له معنى تدل عليه إشارة النص، أو اقتضاؤه، أو دلالته، أو مفهومه الموافق، أو المخالف، لسبب واضح، وهو أن "كل نص قانوني يشتمل على حكم موضوعي قد صاغ المشرع ألفاظه وعباراته على نحو يدل بوضوح على ذلك الحكم المقصود من صياغة النص، وكل قانون مصوغة نصوصه على هذا النحو"[2]، وهذا لا يمنع من أن يستفاد من النَّصّ أحكام أخرى بطريق الدلالات المعروفة، وفيما يلي نماذج من تطبيقات قاعدة دلالة العبارة في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني: –

(١) تفسير النُّصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٥٠٦، الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، د. عجيل جاسم النشمي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، سنة (١٣) العدد (١) ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م، ١١٧.

(٢) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٨١.

١ – نصَّت المادة رقم (٢٢) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م، بشأن الأحوال الشخصيَّة وتعديلاته على أن: "من أجرى عقد زواج دون ولاية أو وكالة فهو فضولي..."، فهذا النَّصّ القانوني يدل بعبارته على معنى واضح، هو أنّ أي شخص يقوم بإجراء عقد النكاح عن غيره بدون ولاية أو وكالة فهو فضولي[1].

٢ – نصَّت المادة رقم (١١٩) من نفس القانون على أنه: "يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخًا لوفاته"، فهذا النَّصّ يدل بعبارته على معنى واضح، وهو أن تاريخ موت المفقود يعتبر من يوم صدور الحكم بموته[2].

٣ – ذكرت المادة رقم (٢٢٧) من القانون ذاته تعريف الوصية بقولها: "الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت..."، فهذا النَّصّ يدل بعبارته على معنى الوصية، وهي أنها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت.

وهكذا فأمثلة عبارة النَّصّ كثيرة في القانون؛ لأن نصوص القانون إنما سيقت لتدل على حكم خاص محدد، لقضايا محدودة، وهذا هو المقصود من أي نص تشريعي، فأغلب عبارات القانون هي من قبيل عبارات النص؛ لأن المشرع صاغ عبارات النُّصوص لتدل دلالة واضحة على الأحكام[3].

---

(١) أما حكم عقد الفضولي، فقد جاء في نفس المادة التي نصَّت على ذلك بقولها: "... وعقد الزواج من الفضولي يعتبر كلا عقد".

(٢) ومثال ذلك أيضًا عند فقهاء القانون اليمني؛ ما نصَّت عليه المادة رقم (٣٨) من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني اليمني، من أنه "تبدأ شخصية الإنسان وقت ولادته حيًا، وتنتهي بموته"، فهذا النَّصّ يظهر فيه حكم قانوني، هو أن الشخصيَّة القانونيَّة للإنسان تبدأ بميلاده حيًا، وتنتهي بوفاته، إلا أن فقهاء القانون اليمني يعتبرون هذا المعنى ظاهرًا "من المعنى الحَرْفِيّ للنص، أو من منطوق النص". انظر: [الوجيز في مدخل القانون، د. محمد الشامي، ١١٢] وقد سبق الرد على ذلك.

(٣) تفسير النُّصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٥٠٦؛ الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، د. عجيل جاسم النشمي، ١١٧.

من أمثلة دلالة الإشارة في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني ما يلي: -

١ - ما ورد في المادة رقم (٤٠) - المعدلة بموجب القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م، بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة - فيما يتعلق بحق الطاعة للزوج على زوجته؛ حيث ذكرت هذه المادة أن للزوج على زوجته حق الطاعة، ومن ذلك ما ذكرته الفقرة الأولى من هذه المادة، وهو: "الانتقال معه إلى منزل الزوجية، ما لم تكن قد اشترطت عليه في العقد البقاء في منزلها أو منزل أسرتها فيكون عليها تمكينه من السكن معها والدخول عليها"؛ فعبارة هذا النصّ تدل على أن للزوجة الانتقال مع زوجها إلى منزل الزوجية إذا لم تشترط عليه في العقد البقاء في منزلها أو منزل أسرتها، فإذا اشترطت عليه ذلك فإن عليها تمكينه من السكن معها والدخول بها، ولكن هناك معنى آخر مفهوم من عبارة: "الانتقال معه إلى بيت الزوجية"، وهذا المعنى مترتب على الحكم الدال بطريق العبارة، حيث يفهم من طريق إشارة النصّ أنه يجوز أن لا يكون منزل الزوج في نفس بلدة الزوجة ولا في نفس بلدة الزوج، وأنه يجوز أن يكون للزوج أكثر من منزل، كأن يكون له منزل في مقر وظيفته وآخر بين أهله، وهذا يفهم أيضًا في منزل الزوجة أو منزل أسرتها، فيفهم من عبارة نص: "منزلها" أو: "منزل أسرتها" أنه يجوز أن يكون للزوجة أكثر من مسكن، ويجوز أن لا يكون في بلدة الزوج، أو في بلدة الزوجة، وهذا مفهوم من طريق إشارة النص.

٢ - نصَّت المادة سالفة الذكر في الفقرة الرابعة منها: على أن من الحالات التي يجوز للزوجة الخروج من منزل الزوجية بدون إذن زوجها: الخروج لخدمة والديها أو أحدهما إذا كانا عاجزين وليس لهما من يخدمهما إلا هي، بقولها: "... يعتبر عذرًا شرعيًّا للمرأة خدمة والديها العاجزين، وليس لهما من يقوم بخدمتهما أو أحدهما غيرها"، فهذا النصّ يدل بعبارته على حكم قانوني وضع النصّ له، وهو اعتبار عجز

الوالدين أو أحدهما عذرًا شرعيًّا للمرأة يجوز لها بسببه الخروج من منزل الزوجية للقيام بخدمتهما أو أحدهما إذا لم يوجد من يقوم بخدمتهما سواها، لكن هذا النصّ يدل على أمر آخر يفهم بطريق الإشارة مترتب على عبارة النصّ، وهذا الأمر هو أن قيامها بخدمة والديها العاجزين أو أحدهما يكون بقدر حاجتهما إلى ذلك.

٣ – نصّت المادة رقم (١٤٥) من قانون الأحوال الشخصيَّة رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م على حكم يتعلق بالحاضن، وهو جواز نقل الحاضن للمحضون إلى بلده ما لم يكن هناك ضرر على الطفل، حيث جاء فيها: "... يجوز للحاضن نقل الطفل إلى بلده ما لم يكن فيه ضرر على الطفل؛ ماديًّا، أو معنويًّا، أو أخلاقيًّا..."، فهذا النصّ يفهم منه بطريق دلالة العبارة حكم موضوعي، وهو جواز نقل الحاضن للطفل المحضون إلى بلده عند عدم الضرر، ولكن يفهم من نص: "يجوز للحاضن نقل الطفل إلى بلده" بطريق إشارته أمران مترتبان على عبارة النص: الأول: أنه يجوز أن يكون بلد الحاضن في الريف أو في الحضر[1]، والثاني: أنه يجوز أن لا يقتصر نقل الطفل على وسيلة واحدة من وسائل النقل، المهم أن لا يكون في ذلك ضرر عليه[2].

---

(١) هذا المثال يقرب من تطبيقات دلالة الإشارة التي ذكر بعضها الدكتور/عجيل جاسم النشمي؛ كالمادة (١١) من القانون المدني الكويتي التي نصّت على أن "موطن الشخص هو المكان الذي يقيم فيه على نحوم معتاد"، فهذا النصّ يدل بعبارته على أن موطن الشخص هو أي مكان يقيم فيه على نحو معتاد، لكن هذا النصّ دل على أمرين آخرين ترتبا عليه، وفهما بطريق الإشارة، الأول: أنه يجوز أن لا يكون للشخص موطن ما إذا كان ممن لا يقيمون في مكان معين بصفة مستقرة، كالبدو الرحل الذين لا يقر لهم على أرض قرار، والثاني: أنه يجوز أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن، كما إذا كان للشخص زوجتان يقيم مع كل منهما في مكان على استقلال. انظر: [الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، ١٢١.

(٢) ومن أمثلة دلالة الإشارة في غير القانون اليمني: ما ذكره الشيخ عبد الوهاب خلاف بقوله: "مثال من القانون المدني الملغي: مادة (١٥٥) يجب على الفروع وأزواجهم ما دامت الزوجية قائمة أن ينفقوا على الأصول وأزواجهم"، ومادة (١٥٦) كذلك يجب على الأصول القيام بالنفقة على فروعهم، وأزواج الفروع، والأزواج أيضًا ملزومون بالنفقة على بعضهم"، ومادة (١٥٧) تقدير النفقات يكون بمراعاة لوازم من تفرض لهم، ويسر من تفرض عليهم، وعلى كل حال يلزم

ثالثا: التطبيق في قاعدة دلالة الاقتضاء

قاعدة اقتضاء النَّصّ تعني: أن المعنى لا يستقيم الكلام ولا يصح إلا بتقديره، ونصوص القوانين يراعى فيها ذلك، وتفهم عباراتها وتفسر نصوصها على وفق هذه القاعدة[1]، ومن أمثلة ذلك في قانون الأحوال الشخصيَّة ما يلي: -

١ - نصَّت المادة (٢٤) من قانون الأحوال الشخصيَّة رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م على أنه: "يحرم على المرء من النسب: أصوله، وفروعه، ونساؤهم، ومن تناسل من أبويه، وأول درجة من نسل أجداده وجداته وإن علون، وأصول زوجته لمجرد العقد عليها، وفروعها بعد الدخول بها..."، فصيغة المادة: "يحرم على المرء" تفسر بدلالة الاقتضاء، بحيث يكون المراد منها: يحرم نكاح الشخص أو زواجه رجلاً كان

دفع النفقات شهرًا بشهر مقدمًا"، يفهم من عبارة كل مادة من هذه المواد حكم موضوعي من أحكام النفقات، ويفهم منها بالإشارة اختصاص المحاكم الأهلية بالقضاء بها، لأنه يلزم من النَّصّ عليها في قانونها وجوب تطبيقها، فهذا الاختصاص معنى لازم، لورود هذه المواد في هذا القانون، وغير مقصود من سياق المواد، فهو مفهوم بطريق الإشارة. انظر: [علم أصول الفقه، ١٤٧]، وانظر أيضًا: [تفسير النُّصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٥١٢، ٥١٣، ٥٢٨].

وقد يترجح المفهوم بالعبارة على الإشارة، ومثال ذلك ما ذكره الشيخ خلاف أيضًا: من القانون المدني الملغي، فمواد النفقات الواردة في المواد (١٥٥، ١٥٧، ١٥٨) تدل بطريق الإشارة على اختصاص المحاكم الأهلية بالفصل في قضايا هذه النفقات؛ لأن هذا يلزم من النَّصّ عليها في قانونها، والمادة (١٦) من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية الملغاة التي جاء فيها: "أن ليس لهذه المحاكم أن تنظر في الأنكحة، وما يتعلق بها من قضايا المهر، والنفقة"، حيث تدل بطريق العبارة على عدم اختصاص المحاكم الوطنية بقضايا النفقة، فلما تعارض المفهوم بطريق إشارة الأولى والمفهوم بطريق عبارة الثانية رجح المفهوم بطريق العبارة، فلا اختصاص للمحاكم الوطنية بمواد النفقات. انظر: [المرجع نفسه، ١٥٣].

(١) الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، د. عجيل جاسم النشمي، ١٢٣.

أو امرأة ممن ذكر بعد ذلك، وهذا المعنى دل عليه اللفظ بطريق الاقتضاء؛ لأن التحريم لا يقع على الذوات، وإنما يقع على الأفعال المتعلّقة بها، والفعل الذي ينبغي تقديره هنا هو الزواج(١).

٢ – نصّت المادة رقم (٢٣٦) من القانون ذاته أنه: "لا يجوز للوصي تأجير أموال القاصر بأقل من أجر المثل"، فعبارة: "أقل من أجر المثل" تقتضي معنى، وهو معرفة الوصي بمقدار أجر المثل، وهذا المعنى دل عليه اللفظ بطريق الاقتضاء، وهذا ينبغي تقديره هنا وإن لم ينص عليه اللفظ، ولكن هذا الحكم يقتضيه النص؛ إذ ينبغي معرفة الوصي لأجر المثل قبل تأجير مال القاصر.

٣ – نصّت المادة رقم (٢٤٦) من نفس القانون على حكم يتعلق بالموصى به، وهو أن: "الإيصاء بشيء أو بجزء غير معين معلق على تفسير الورثة"، فصيغة المادة:"تفسير الورثة" معناها: أنه يرجع في معرفة الإيصاء بغير المعين إلى تفسير الورثة، وهذا المعنى دل عليه اللفظ بطريق الاقتضاء؛ لأن الذي ينبغي تقديره هنا هو الرجوع إلى الورثة لتفسير المراد.

رابعًا: التطبيق في قاعدة دلالة النَّصّ

قاعدة دلالة النَّصّ هي طريق من طرق استنتاج المعنى من اللفظ، وهذا الاستنتاج يسمى عند القانونيين: مفهوم الموافقة كما ذكرنا، وبمقتضى هذا فإن القاعدة تتقرر بأن: "دلالة النَّصّ هي دلالة اللفظ على أن حكم المنطوق ثابت للمسكوت عنه

---

(١) ونظير ذلك: ما ذكره الدكتور/عجيل جاسم النشمي: من أنه ورد في المادة (١٣) من قانون الأحوال الشخصيَّة الكويتي أنه "يحرم على الشخص بسبب النسب: (أ) أصله وإن علا (ب) فرعه وإن نزل (جـ) فروع أبويه وإن بعدوا (د) الطبقة الأولى من فروع أجداده وجداته"، فصيغة المادة "يحرم على الشخص"، معناها:أي يحرم نكاح، أو يحرم زواج الشخص، رجلًا كان أو امرأة ممن ذكر بعد ذلك، وهذا المعنى دل عليه اللفظ بطريق الاقتضاء؛ لأن التحريم لا يقع على الذوات، وإنما يقع على الأفعال المتعلّقة بها، والفعل الذي ينبغي تقديره هنا هو الزواج. انظر: [الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، ١٢٣].

لاتحاد العلة التي تفهم بمجرد اللغة دون احتياج إلى اجتهاد، وما كان كذلك فيعتد بـه في فهم النُصوص القانونية على هذه الدّلالة في المنطوق والمسكوت"[1]، ومن أمثلـة ذلك في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني ما يلي:-

١ - نصَّت الفقرة الرابعة من المادة رقم (٤٠) من قـانون الأحـوال الشخـصيَّة - المعدلة بموجب القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعـديل بعـض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة - على أن خدمة الزوجة لوالديها العاجزين أو أحدهما إذا لم يوجد من يقوم بخـدمتهما سواها يعد عذرًا شرعيًا تخرج بسببه من منزل الزوجية بدون إذن زوجهـا، حيـث ذكرت أن من حقوق الزوج على زوجته: "عدم الخروج من منزل الزوجية إلا بإذنـه أو لعذر شرعي... ويعتبر عذرًا شرعيًّا للمرأة خدمة والديها العاجزين، وليس لهمـا من يقوم بخدمتهما أو أحدهما غيرها"، فيفهم من دلالة النص: أن مرض الوالـدين أو أحدهما يدخل في مدلول لفظ: "العاجزين"، مع أن المادة لم تذكر المرض، لكن دخول المرض في اعتباره عذرًا شرعيًّا للزوجة تخرج بسببه بـدون إذن "الـزوج مفهـوم أولوي، فقيامها بتمريضهما أو أحدهما أولى بخـدمتهما عنـد العجـز إن لـم يكـن المفهومان متساويين.

٢ - نصَّت المادة رقم (٥٩) من قانون الأحوال الشخصيَّة رقم (٢٠) لـسنة ١٩٩٢م على عدد طلقات الزوج لزوجته، بقولها: "يملك الزوج على زوجته ثـلاث طلقـات، تتجدد بدخول زوج آخر بها دخولاً حقيقيًا"، فهذه المادة نصَّت علـى ثـلاث طلقـات للزوج على زوجته، وأما ما قل عن ثلاث طلقات فهو مسكوت عنه، ولكنه مفهوم من أن الزوج يملك طلقتين أو واحدة وهذا مفهوم موافق أولوي، إذ إنَّ ملك الزوج لثلاث طلقات يقتضي ملكه للأقل من الثلاث من باب أولى، أمّا ما زاد على ثلاث فمسكوت

(١) الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، د. عجيل جاسم النشمي، ١٢٢.

عنه أيضا، ولكن عدم ملكية الزوج لأكثر من ذلك مفهوم بطريق مفهوم المخالفة، فيفهم من ملك الزوج ثلاث تطليقات فقط عدم الزيادة على الثلاث، وهذه الدلالة عن طريق مفهوم المخالفة.

٣ – نصَّت المادة رقم (١٤٥) من نفس القانون على حكم نقل الحاضن للطفل المحضون، بقولها: "... يجوز للحاضن نقل الطفل إلى بلده ما لم يكن فيه ضرر على الطفل؛ ماديًّا، أو معنويًّا، أو أخلاقيًّا..."، فدلالة النص:"ضرر" يدخل فيه بطريق الأولى: عدم جواز نقل الحاضن للطفل المحضون إلى بيئة تنتشر فيها الأمراض، ولا إلى بيئة ينتشر فيها فساد الأخلاق، وهذا المفهوم يدخل بطريق الأولى؛ لأنه يدخل فيه معنى الضرر من باب أولى.

٤ – نصَّت المادة سالفة الذكر من نفس القانون على كيفية رؤية أحد الوالدين للصغير إذا كان في حضانة أحدهما، بقولها: "... إذا كان الصغير عند أحد والديه، كان للآخر حق رؤيته بالطريقة التي يتفقان عليها، أو بما يراه القاضي"، فهذه المادة لم تنص على حق الرؤية في المناسبات – كالأعياد، والأعراس – ولكن هذا مفهوم من باب أولى؛ لأن حق الرؤية يكون في المناسبات أولى من غيرها.

٥ – نصَّت المادة رقم (١٥٧) من نفس القانون على أنه "...تقدر نفقة الأقارب فور حاجة المنفق عليه من قبل المنفقين"، حيث يفهم من دلالة هذا النص: أن نفقة المولود فور الولادة تدخل في مدلول لفظ: "فور الحاجة" مع أن المادة لم تذكرها، لكن حكم نفقة المولود فور الولادة داخل في حكم المادة من باب أولى، فهو أولى بسد حاجته من غيره.

خامسًا: التطبيق في قاعدة مفهوم المخالفة

من الأمثلة التطبيقية لقاعدة مفهوم المخالفة في قانون الأحوال الشخصية اليمني ما يلي:

١ – نصَّت الفقرة الأولى من المادة الربعة من نفس القانون على حكم العدول عن الخطبة، بقولها: "لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة"، فهذه المادة يدل منطوقها

على جواز عدول أحد الخاطبين عن الخطبة، وتدل بمفهومها المخالف علـى أنـه لا يحق لأحد الخاطبين منع الآخر من العدول عن الخطبة.

٢ – نصَّت المادة العاشرة من نفس القانون على أن: "كل عقد بني على إكراه الزوج أو الزوجة لا اعتبار له"، فمفهوم المخالفة هنا هو انتفاء وصف الإكراه، أي أنـه إذا انتفت صفة الإكراه عن العقد فإنه معتبر.

٣ – نصَّت المادة رقم (١١٤) من نفس القانون على أنه: "إذا لـم يكـن للغائـب أو المفقود وكيل، يعتمد له القاضي مقدمًا لإدارة أمواله"، فمفهوم المخالفة من هذا النَّصِّ هو: أن الشرط في اعتماد القاضي لمن يقوم بإدارة أموال الغائب أو المفقود هو عـدم وجود وكيل، وليس للقاضي أن يعين من يقوم بإدارة أموال المفقود أو الغائب إذا كان له وكيل، فإذا عُدِم الشرط – وهو وجود الوكيل – فإنه لا يترتب عليه تقديم القاضـي من يقوم بإدارة أموال الغائب، أو المفقود.

٤ – نصَّت المادة رقم (١١٦) من نفس القانون على الحالات التي ينتهي فيها فقدان الشخص، وهذه الأحوال نصَّت عليها المادة المذكورة بقولها: "ينتهـي الفقـدان فـي الحالات الآتية: (أ) عودة المفقود حيًّا (ب) ثبوت وفاته (جـ) الحكم باعتباره ميتًـا"، فهذه الحالات تحدد الغاية التي ينتهي الفقدان فيها، وبمقتضى مفهوم المخالفـة فإنـه يستفاد من هذه المادة أن الفقدان ينتهي عند بلوغ غاية معينة هي عودة المفقود حيًّا أو ثبوت وفاته أو الحكم باعتباره ميتًا؛ لأنه إذا عاد بعد فقده فقد زالت عنه صفة الفقـد، وإن ثبتت وفاته أو حكم بموته فإن صفة الفقد تزول عنه أيضًا لأنه صار ميتًا أو فـي حكم الميت.

٥ – نصَّت المادة رقم (١٥٦) من نفس القانون على حكم مطالبـة الزوجـة بنفقتهـا السابقة، بقولها: "لا يُحكم للزوجة بأكثر من نفقة سنة سابقة على المطالبة القـضائية، ما لم يتفق الزوجان على ذلك"، فمنطوق النَّصِّ يدل على عدم الحكم بأكثر من نفقـة سنة سابقة من تاريخ المطالبة القضائية ما لم يتفق الزوجان على خلاف ذلك، وعملاً بقاعدة مفهوم الموافقة فإن النَّصَّ يدل بمفهومه الموافق لمنطوقه على جـواز الحكـم

للزوجة بنفقة سنة أو أقل من سنة، ويدل بمفهومه المخالف بالعدد على جواز الحكم للزوجة بأكثر من نفقة سنة سابقة على المطالبة القضائية إذا اتفق الزوجان على ذلك.

٦ – نصَّت المادة رقم (٢٦٨) من نفس القانون على شروط الوصي بقولها: "يشترط في الوصي أن يكون بالغًا، عاقلاً، أمينًا، مقتدرًا على حملها، حسن التصرف والسلوك"، فمفهوم المخالفة هو أن انتفاء هذه الأوصاف يدل على انتفاء أهلية الوصي للوصية، فمن فقد صفة البلوغ، والعقل، والأمانة، والقدرة على حمل أمانة الوصاية، وفقد صفة حسن التصرف والسلوك، فإنه فاقد لشرط الوصاية.

٧ – نصَّت المادة رقم (٢٨٠) من القانون ذاته على دعوى طلب الوصي أجر الوصاية، وحددت هذا القدر بأجر المثل من تاريخ الطلب بقولها: "... إذا طلب الوصي أجرًا قدره له القاضي بأجر المثل، ويسري الأجر من تاريخ الطلب"، فمفهومه المخالف يدل على أنه ليس للوصي أجر قبل تاريخ الطلب، كما يدل مفهومه المخالف على أنه ليس للقاضي أن يزيد قدر الأجر على أجر المثل.

٨ – نصَّت الفقرة الثانية من المادة (٣١٠) من نفس القانون: على أن الربع تستحقه "الزوجة أو الزوجات إذا لم يكن للميت فرع وارث"، كما نصَّت المادة رقم (٣١١) من نفس القانون على تقدير ميراث الزوجة أو الزوجات، بقولها: "الثمن، وهو فرض الزوجة أو الزوجات إذا كان للميت فرع وارث"، فهذه المقادير المنصوص عليها – ومثلها ميراث الزوج – تدل بمفهومها المخالف على عدم الزيادة أو النقصان عن هذه المقادير في الميراث.

سادسًا: التطبيق في قاعدة عدم الأخذ بمفهوم اللقب المخالف

مفهوم اللقب المخالف لا يعتد به في النصوص القانونية[1]، كما هو الشأن عند علماء الأصول، ومن الأمثلة التطبيقية لعدم اعتباره في قانون الأحوال الشخصية

(١) الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، د. عجيل جاسم النشمي، ١٣٢، ١٣٣.

اليمني ما يلي: –

١ – نصّت المادة رقم (٢١) من نفس القانون على أنه: "تصح الوكالة في الزواج..."، فمفهوم اللقب المخالف هو أنه لا تصح الوكالة في غير الزواج، ولا شك أن هذا ليس مرادًا من المادة، فذكر صحة الوكالة في الزواج لا يعني أن الحكم في غيره بخلافه، فلا يعتد بهذا المفهوم.

٢ – نصّت المادة رقم (١٤٦) من نفس القانون على أنه: "يستحق الحاضن أجرة حضانة..."، فمفهوم اللقب المخالف هو أن غير الحاضن لا يستحق أجرة، وهذا ليس مرادًا، فذكر الحاضن لا يعني أن استحقاق الأجرة منحصر في الحاضن، وأن الحكم في غيره بخلافه[1].

٣ – نصّت المادة رقم (٢٠٥) من نفس القانون على أن "الجهاز للعروس يأخذ حكم العرف – وهو ما يقدمه العريس أو غيره للعروسة – " فمفهوم المخالفة هو أن غير الجهاز لا يأخذ حكم العرف، ولا شك أن الاعتداد بهذا المفهوم غير مراد من المادة، فذكر الجهاز لا يعني أن غيره لا يأخذ حكم العرف، لأن للعرف مدخلاً في أحكام كثيرة.

٤ – ومن أمثلة هذا: ما ذكره الشيخ/ عبد الوهاب خلاف من أنه إذا ورد مثلاً نص

---

(١) نظير ذلك: ما ذكره الدكتور/عجيل جاسم النشمي: من أنه ورد في قانون الأحوال الشخصيّة الكويتي المادة (١٩٧) أن "للحاضنة قبض نفقة المحضون، ومنها أجرة سكناه"، فمفهوم اللقب المخالف أن غير الحاضنة ليس لها أن تقبض النفقة، ولا شك أن مراد المادة عدم الاعتداد بهذا المفهوم، فذكر الحاضنة لا يعني أن الحكم في غيرها بخلافه. انظر: [الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، ١٣٢.

ومَثَل ذلك أيضًا: ما ورد في نص المادة (١٤٦) من قانون الأحوال الشخصيّة اليمني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م من أنه: "... تقدر أجرة الحاضنة بقدر حال من تلزمه..."، فمفهوم المخالفة باللقب أن غير أجرة الحاضنة لا تقدر، ولا شك أن هذا غير مراد من المادة،فذكر الحاضنة لا يعني أن الأجرة لا تكون مقدرة إلاّ للحاضنة.

في القانون بأن:"دين المتوفى يؤدى من تركته"، فإنه لا يفهم منه أن غير دينه – كنفقة تجهيزه ووصاياه النافذة – لا تؤدى من تركته[1]، فهذا مفهوم لقب مخالف غير معمول به.

٥– نصَّت المادة رقم (٢٨٣) من نفس القانون على أنه: "لا يصح للوصي التبرع من مال القاصر إلا فيما جرى به العُرف، من رد تبرعات أو هبات كانت قد وصلت إلى والده في الأعراس والموت ونحو ذلك، بما لا يجحف"، فلا يفهم من هذا النصّ أن غير الوصي يصح له التبرع من مال القاصر؛ لأن هذا المفهوم غير مراد من المادة، فذكر عدم صحة تبرعات الوصي من مال القاصر لا يعني أن غير الوصي تصح تبرعاته من مال القاصر، فهذا مفهوم لقب غير معمول به.

---

(١) علم أصول الفقه، ١٥٦.

المبحث الثالث

أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في الفقه الجنائي الإسلامي

من الأمثلة التطبيقية لقواعد دلالات الألفاظ على معانيها بمنطوقها ومفهومها في الجرائم والعقوبات ما يلي: –

أولاً: تطبيق قاعدة دلالة العبارة على إقامة الحد على المحاربين بدلالة عبارة آية الحرابة.

قال تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسۡعَوۡنَ فِي ٱلۡأَرۡضِ فَسَادًا أَن يُقَتَّلُوٓاْ أَوۡ يُصَلَّبُوٓاْ أَوۡ تُقَطَّعَ أَيۡدِيهِمۡ وَأَرۡجُلُهُم مِّنۡ خِلَٰفٍ أَوۡ يُنفَوۡاْ مِنَ ٱلۡأَرۡضِۚ ذَٰلِكَ لَهُمۡ خِزۡيٞ فِي ٱلدُّنۡيَاۖ وَلَهُمۡ فِي ٱلۡأٓخِرَةِ عَذَابٌ عَظِيمٌ ٣٣﴾[1]، فهذا النّصّ يفيد بعبارته: وجوب إقامة حد قطاع الطريق على المحاربين؛ لأن عبارته واردة في الحرابة[2]، التي يقصد بها: "إشهار السلاح قصد السلب"[3]، كما تفيد عبارة النّصّ أن من اتفقوا على قطع الطريق وعملوا على تنفيذ اتفاقهم يطبق عليهم هذا العذاب بالفعل، أما الذين يعاونونهم متفقين معهم على المعاونة – بأن يُجَهّلوا الطريق على الشرطة التي ذهبت لملاحقة المحاربين، أو يخذلوا من يحاربهم – فإنهم يدخلون بدلالة النّصّ في ضمن المحاربين، ويستحقون هذا العقاب، لتوافر معنى المحاربة فيهم من إخافة الطريق وقطع السبيل؛ ولأن ما يفعلونه كان بالاتفاق مع المحاربين، فيتحقق فيهم الاتفاق على هذه الجريمة، وهذا ثابت بدلالة النص؛ لأن عبارة النّصّ لم تذكر هذا، ولكن يدخل

---

(١) الآية ٣٣ من سورة المائدة.

(٢) أصول السرخسي، ١/٢٥٥؛ أحكام القرآن، لابن العربي، ٢/٥٩٦.

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي، ٢/٥٩٦.

في المعنى من حيث القصد المؤدي إلى تحقيق معنى الحرابة في المعاونين للمحاربين[1].

ثانيًا: تطبيق قاعدة دلالة الاقتضاء في اشتراط الحرز في السرقة بدلالة آية السرقة

وتوضيح ذلك: أن اشتراط الحرز في السرقة لوجوب القطع مفهوم بدلالة اقتضاء معنى السرقة الوارد في قوله تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾[2]، فالحرز مفهوم من مدلول لفظ: "السارق"، و: "السارقة"، بدلالة الاقتضاء؛ لأن السرقة تقتضي وجود مال مسروق، والمال المسروق يقتضي أخذه من حرز[3].

ثالثًا: تطبيق قاعدة دلالة التنبيه في ثبوت علة القطع في السرقة بدلالة التنبيه في آية السرقة

قال تعالى: ﴿ وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا ﴾[4]، فيفهم من هذا النصّ بدلالة التنبيه "الإيماء": أن العلة في القطع هي "السرقة"، وهذا ما نبهت عليه فاء التعقيب في الآية وأفهمته؛ لأن الحكم اقترن بوصف "السرقة"، وكما فهم من النصّ وجوب القطع على السارق وهو المنطوق به، فهم من النصّ أيضًا كون "السرقة" علة للحكم، وهذه العلة غير منطوق بها، لكنها تسبق إلى الفهم من فحوى الكلام[5].

---

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، لأبي زهرة، ٢٠٣.

(٢) من الآية ٣٨ من سورة المائدة.

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي، ٢/٦١٠.

(٤) من الآية ٣٨ من سورة المائدة.

(٥) المستصفى، للغزالي، ٢/٧٤.

رابعًا: تطبيق قاعدة دلالة التنبيه في ثبوت علة الزنى في الجلد بدلالة التنبيه في آية الزنى

قال تعالى: ﴿ ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِى فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [1] وهذا المثال كسابقه، حيث يفهم من نص الآية بدلالة التنبيه "الإيماء" أن العلة في الجلد هي "الزنى"، وهذا ما نبهت عليه فاء التعقيب في الآية وأفهمته؛ لأن الحكم اقترن بوصف "الزنى"، وكما فهم من منطوق النصّ وجوب الجلد على الزاني – وهو المنطوق به – فهم من النصّ أيضًا كون "الزنى" علة للحكم، وهذه العلة غير منطوق بها لكنها تسبق إلى الفهم من فحوى الكلام[2].

خامسًا: تطبيق قاعدة دلالة المنطوق في النهي عن قربان الزنى

النهي عن قربان الزنى مفهوم بدلالة منطوق قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾ ﴾ [3]، فإن هذا المنطوق يستقل بلفظه في إفادة هذا المعنى[4].

سادسًا: تطبيق قاعدة دلالة النصّ في حديث: "درء الحدود بالشبهات"

درء الحدود بالشبهات معنى مفهوم بدلالة قوله ﷺ: «**ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم...**»[5]، ودرء الحدود بالشبهات ثبت بدلالة نص الحديث، ووجه ذلك: أن المعنى الذي يفيده النصّ بلغته الموضوعة هو اختلال المعنى الذي

---

(١) من الآية ٢ من سورة النور.

(٢) المستصفى، للغزالي، ٧٤/٢.

(٣) الآية ٣٢ من سورة الإسراء.

(٤) المستصفى، للغزالي، ٢٢٨/١.

(٥) الحديث سبق تخريجه ص١٢٣، ١٢٤من هذا البحث.

يتعلق به حكم إقامة الحدود، وهذا المعنى مفهوم بدلالة النصّ وهو مدرك باللغة؛ ولذلك فإن حكم ثبوت الشبهة حينئذ مستند إلى نظم الحديث، فتنتفي بذلك الشبهة المانعة من ثبوت الحد، فالمعنى مفهوم باللغة الموضوعة لإفادة المعاني، فيصير بمنزلة الثابت بالنظم(١).

سابعًا: تطبيق قاعدة دلالة مفهوم الموافقة على الغرض المفهوم من حد الجلد

إن عدم إقامة حد الجلد في الحر والبرد الشديدين أمر معلوم بدلالة الغرض المفهوم من حد الجلد وهو عدم إهلاك المحدود، وتوضيح ذلك: أن الجلد إذا أقيم حدًّا - كما في الزنى - فإنه لا يقام في الحر والبرد الشديدين، ولا يقام على المريض(٢)؛ لأن إقامته في مثل هذه الأحوال قد يؤدي إلى هلاك المحدود، والجلد عقوبة ليس الغرض منها إهلاك المحدود وإنما الزجر والردع، ولذلك لا يقام حد الجلد إذا غلب على الظن موت المحدود، وذلك "للمفهوم من الحد وهو أن يقام حيث لا يغلب على ظن المقيم له فوات نفس المحدود"(٣).

ثامنًا: تطبيق قاعدة مفهوم المخالفة على عدم جواز الزيادة أو النقصان في حد القذف

إن عدم جواز الزيادة أو النقصان في حد القذف على المنصوص عليه مفهوم بدلالة مفهوم المخالفة،حيث يقول الله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجۡلِدُوهُمۡ ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةً ﴾(٤)، فمنطوق الآية يدل على أن حد القاذف ثمانون جلدة، ويدل مفهومها المخالف: أنه لا يجوز جلد القاذف أكثر من ثمانين ولا أنقص منها(٥)؛

---

(١) التنقيح في أصول الفقه، وشرحه: التوضيح، لصدر الشريعة، ١/٢٥٥، التلويح شرح التوضيح للتفتازاني، ١/٢٥٦.

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٥٩.

(٣) السابق، ٢/٣٥٩.

(٤) من الآية ٤ من سورة النور.

(٥) تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٣؛ مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٦؛ الإحكام، للآمدي، ٢/٥٠؛ القواعد والفوائد الأصولية، لابن اللحام، ٣٥٩؛ معيار العقول في علم

لأن التقدير بالعدد تحديد للمعدود لا تجوز معه الزيادة أو النقص وإلا لما كان للتقدير معنى، وتظهر الإفادة في تحقيق معنى العدل في مفهوم المخالفة في هذا المثال من خلال أن الزيادة في العقوبة المقدرة ظلم يلحق بالمحكوم عليه بإيذائه أو الإضرار به فوق ما ينبغي من إحقاق الحق وإقامة العدل بتوقيع الجزاء المحدد، كما أن النقص على العقوبة المقدرة إهدار للعقوبة جزئيًا؛ لأن مؤداه أن العقوبة لم توقع بكاملها، وذلك افتئات على حق الله في تقديره لما يقتضيه العدل في تشريع العقوبة وتحقيق مقدار الجزاء وتحقيق حكمة مشروعيتها من الزجر والردع والنكال في تقدير الشارع، كما قد يمس النقص حق المجني عليه أو المجتمع، لذا كانت الزيادة أو النقص غير مشروعين؛ لأن كليهما مناقض لإرادة الشارع، وهذا مدلول عليه بالمفهوم المخالف للعدد[1].

كما يفهم من الآية – بدلالة مفهوم الموافقة الأولوي – تحريم جلد القاذف مائتي جلدة أو أكثر؛ لأن تحريم جلده مائة جلدة يقتضي تحريم جلده مائتين أو أكثر بطريق الأولى، كما تدل الآية بمفهوم الموافقة على وجوب حد القذف على من يرمي رجلاً محصنًا بالزنى؛ لأن منطوق اللفظ وارد في رمي المحصنات ولكن مفهومه ينطبق على من يرمي الرجل بالزنى، للتساوي في معنى النص، وذلك واضح بمفهوم الموافقة[2].

تاسعًا: تطبيق قاعدة مفهوم المخالفة في عدم إقامة الحد على القاذف إذا أثبت زنى المقذوف

عدم إقامة حد القذف على القاذف إذا أثبت زنى المقذوف هو حكم دل عليه مفهوم المخالفة من قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ وتوضيح ذلك: أن حد القذف –

الأصول، لابن المرتضى –في مقدمة كتابه: البحر الزخار، ١/٢٠٠؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٦٤؛ شرح الأزهار، لابن مفتاح، ١/١٧٧.

(١) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٦٢، ٣٦٣؛ أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ١٤٤.

(٢) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، محمد أبو زهرة، ٢٠٦.

وهو الثمانون جلدة – منصوص عليه بقوله تعالى: ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾(١)، هذا إذا لم يأت القاذف بأربعة شهود لإثبات زنى المقذوف، فالعدد المشترط في الشهود هو أربعة؛ إذ إنّ العلماء اتفقوا على أنّه يثبت الزنى بالشهود وأن العدد المشترط في الشهود أربعة بخلاف سائر الحقوق(٢)؛ لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ (٣)؛ لأن الظاهر من الشرع قصد التوثيق في ثبوت حد الزنى أكثر منه في سائر الحدود ورغبة منه في الستر على الخلق، ولكن منطوق الآية قد سكت عن حكم حد القاذف إذا أتى بأربعة شهود على إثبات زنى المقذوف، غير أن درء الحد عن القاذف إذا أتى بأربعة شهداء لإثبات زنى المقذوف ثابت بالأخذ بمفهوم المخالفة من قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾(٤) فمفهومه المخالف يقتضي أن القاذف إذا أتى بأربعة شهداء لإثبات زنى المقذوف فإنه لا يجد ثمانين جلدة، ولذلك يندرئ الحد عنه بإثبات ذلك(٥).

عاشرًا: تطبيق دلالة التنبيه في شرعية القصاص

الحفاظ على الأنفس من شرعية القصاص مصلحة مفهومة بدلالة التنبيه؛ حيث يقول تعالى في شأن القصاص في الأنفس: ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٧٩﴾ ﴾(٦)، فالمفهوم من منطوق هذا النّصّ بدلالة التنبيه: أن في شرعية القصاص مصلحة وهي الحفاظ على الأنفس؛ لأن القاتل إذا علم أنه سيقتل فإنه سيرتدع عن الإقدام على قتل غيره حرصًا على نفسه من القتل قصاصًا، وفي

---

(١) من الآية ٤ من سورة النور.

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي، ١٣٣٣/٣؛ بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٦٠/٢.

(٣) من الآية ٤ من سورة النور.

(٤) من الآية ٤ من سورة النور.

(٥) بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٦٢/٢، ٣٦٣.

(٦) الآية ١٧٩ من سورة البقرة.

هذا مصلحة حفظ النفوس، ولذلك قال ابن رشد: "مفهوم أن القتل إنما شرع لنفي القتل، كما نبّه عليه الكتاب في قوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُوْلِي ٱلْأَلْبَٰبِ ﴾"[1]، فالحفاظ على حياة الناس مصلحة وهذه المصلحة مفهومة بدلالة التنبيه من الآية.

حادي عشر: تطبيق دلالة مفهوم الموافقة في النّصّ القرآني الدّال على تخيير المجني عليه بين القصاص والدية

تخيير المجني عليه بين الدية وبين القصاص مستفاد بدلالة مفهوم الموافقة من قوله تعالى: ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ وَٱلْأَنفَ بِٱلْأَنفِ وَٱلْأُذُنَ بِٱلْأُذُنِ وَٱلسِّنَّ بِٱلسِّنِّ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ۚ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِۦ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُۥ ﴾[2]، وتوضيح ذلك: أنه قد فهم بدلالة العبارة أن للمجني عليه حق القصاص وحق العفو، ويفهم من ذلك من باب أولى أن له حق الدية إن تنازل عن القصاص؛ لأن من له حق في القصاص – له بالأولى – الدية إن ترك القصاص كما أن له العفو عنهما جميعًا[3]، وتخيير ولي الدم بين أحد شيئين؛ القصاص، أو العفو إما على الدّية، وإما على غيرها أمر متفق عليه[4]، كما أن ضرورة وجود المال لدى المعفو عنه في القصاص مفهوم بدلالة الاقتضاء في قوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ﴾[5]، فهذا النّصّ يستفاد من تصريحه أنه عند العفو يَتْبَع العافي من عفا عنه بإحسان، وذلك يقتضي أن يكون هناك مال مطلوب[6]، وبناء على

---

(١) بداية المجتهد، ٢/٣٢٦.

(٢) من الآية ٤٥ من سورة المائدة.

(٣) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، لأبي زهرة، ٢٠٣.

(٤) انظر: [بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٢٨].

(٥) من الآية ١٧٨ من سورة البقرة.

(٦) أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ١٣٣؛ الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، للمؤلف نفسه، ٢٠٤.

دلالة الاقتضاء فإنه لا يستقيم قوله تعالى: ﴿فَٱتِّبَاعُۢ بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيۡهِ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ إلا إذا فرض وقدّر أن المعفو عنه طولب المال من العافي، وأن هذا العفو فيه مال[1].

ثاني عشر: تطبيق قاعدة مفهوم الموافقة في فهم الكفارة في القتل العمد من شرعيتها في القتل الخطأ

قال تعالى في شأن القتل الخطأ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ وَدِيَةٞ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهۡلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُواْ﴾[2]، فهذه الآية دل منطوقها على أن الكفارة إنما نص عليها في قتل الخطأ[3]، وأنها واجبة حينئذ[4]، ولكن هل يقتضي المفهوم المخالف لنص الآية: المخالفة بين العمد والخطأ في الكفارة؟

قد يقتضي مفهوم المخالفة للآية هذا الفهم، إلا أن هذا ليس هو المقصود؛ لأن من شرط العمل بمفهوم المخالفة أن لا يكون المنطوق محل إشكال في الحكم فيزال هذا الإشكال بالتنصيص عليه، وبناء على هذا الشرط في مفهوم المخالفة فإن الكفارة إنما نص عليها في القتل الخطأ رفعًا لنزاع من يتوهم أنها لا تجب على القاتل خطأ؛ نظرًا منه أن الخطأ معفو عنه، فرفع الشرع هذا الوهم بالنص عليه، وليس القصد من النصّ عليها في قتل الخطأ هو المخالفة بين العمد والخطأ في الكفارة[5].

وأخذًا بمفهوم الموافقة الأولوي من نص الآية على الكفارة في القتل الخطأ

---

(1) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، محمد أبو زهرة، ٢٠٤.

(2) من الآية ٩٢ من سورة النساء.

(3) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٣٥، ٣٤٢؛ مفتاح الوصول، للتلمساني، ٩٣؛ النبذ في أصول الفقه الظاهري، لابن حزم، ٥٤.

(4) قال ابن رشد: "لا خلاف بينهم (يقصد أهل العلم)، أن الكفارة التي نص الله عليها في قتل الخطأ واجبة، واختلفوا في قتل العمد، هل فيه كفارة؟ وفي قتل العبد خطأ، فأوجبها مالك في قتل الحر فقط في الخطأ دون العمد، وأوجبها الشافعي في العمد من طريق الأولى والأحرى، وعند مالك: أن العمد في هذا حكمه حكم الخطأ". انظر: [بداية المجتهد، ٢/٣٤٢].

(5) مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول،للتلمساني، ٩٣.

فإن الكفارة تكون واجبة على قاتل النفس عمدًا؛ لأنها لمّا وجبت على القاتل خطأً كان وجوبها على القاتل عمدًا أولى وأحرى[1]، فالسبب في وجوب الكفارة هو جريمة القتل، والجرم في القتل متحقق في العمد بأكثر ممّا هو متحقق في القتل الخطأ؛ لأن الخطأ فعل من غير قصد والعمد فعل مع القصد[2]، ولذلك فإن النّصّ على وجوب الكفارة في القتل الخطأ لا يوجب أن يكون غير الخطأ بخلاف الخطأ، حتى عند ابن حزم – وهو ممن ينكر حجية مفهوم المخالفة – فهو يرى إيجاب الكفارة على المخطئ في قتل المؤمن[3].

ثالث عشر: تطبيق قاعدة دلالة مفهوم الموافقة في تحريم جناية الابن على والديه أو أحدهما

تحريم جناية الابن على أحد والديه – أو كليهما – بالقتل أو بما هو دونه هو معنى مأخوذ من دلالة مفهوم قوله تعالى: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ ﴾ [4]، وتوضيح ذلك: أن منطوق الآية يدل بلفظه وعبارته على تحريم التأفيف من الوالدين – وهو ما يظهر بالتنفس المردَّد من الضجر؛ إذ إنّ أُفّ: صوت يدل على تضجر المتكلم[5] – كما يدل منطوق الآية على الأمر بمقابلة الوالدين بكل قولٍ كريم سالم عن كل عيب وعن كل مكروه من القول[6]، ويدل مفهوم الموافقة – من منطوق الآية – على تحريم شتم الوالدين وضربهما وقتلهما، فكل عارف باللغة العربية يدرك أن المعنى الذي كان من أجله تحريم التأفيف إنما هو الإيذاء للوالدين، وأن المقصود من تحريم التأفيف هو

(١) بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٤٢/٢؛ مفتاح الوصول، للتلمساني، ٩٣.
(٢) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، لأبي زهرة، ٢٠٣.
(٣) الإحكام، لابن حزم، ٣٧٨/٧، النبذ في أصول الفقه الظاهري، ٥٤.
(٤) أحكام القرآن، لابن العربي، ١١٩٨/٣. [والنص القرآني هو من الآية ٢٣ من سورة الإسراء].
(٥) تيسير التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر، ٩٠/١؛ أحكام القرآن، لابن العربي، ١١٩٨/٣
(٦) أحكام القرآن، لابن العربي، ١١٩٨/٣.

كف الأذى عنهما ومراعاة حرمتهما، وهذا مفهوم من سياق الآية، فالمقصود من سياقها: كف الأذى عن الوالدين وتعظيمهما واحترامهما، وهذا المعنى موجود قطعًا في أمور أشد إيلامًا وإيذاء من التأفيف؛ كالشتم، والضرب، والقتل، فكل هذه الأمور أشد وأبلغ في الأذى من التأفيف فيتناولها النصّ وتعتبر حرامًا، وتعطى حكم التأفيف الذي ثبت بعبارة النصّ ويكون ثبوت التحريم فيها بطريق دلالة النص، وهي أولى من تحريم التأفيف؛ لأن الإيذاء الذي هو موجب الحكم موجود فيها بشكل أقوى وأوضح، ودلالة تحريم هذه الأمور وسائر أنواع الأذى ممَّا هو أشد إيلامًا وإهانة من التأفيف مفهوم من منطوق الآية وهو تحريم التأفيف، وهذا المفهوم لازم لمعنى هو (النهي عن التأفيف)، وحكمه يوافق حكم ملزومه، فيكون حكم التأفيف والشتم والضرب والقتل هو التحريم، بل حكم التحريم فيها أولى من التأفيف المنطوق به، لشدة الإيذاء بالضرب والشتم والقتل، فهذا المعنى وهو الإيذاء موجود بصورة أشد في الضرب والشتم والقتل من مجرد التأفيف فكان المسكوت عنه مفهومًا من منطوق النصّ وأولى منه[1]؛ لأن النهي عن أقل الأذى نهي عن كل أنواع الأذى، ولمّا كان النهي عن قول الولد لوالديه أو أحدهما: (أفّ) يترتب عليه حتمًا النهي عن كل أذى إذ كلمة (أفّ) أدنى أنواع الأذى والنهي عن أقل الأذى نهي عن كل أنواع الأذى، فإن على ولي الأمر أن يضع في تعزيراته ما يجعل مرتبة إيذاء الوالدين أقوى من

---

(١) أصول الشاشي، ٦٩، ٧٠؛ أصول السرخسي، ١/٢٥٤؛ التنقيح في أصول الفقه، لصدر الشريعة، ١/٢٤٦؛ وشرحه: التوضيح في حل غوامض التنقيح، للمؤلف نفسه، ١/٢٤٩؛ تنقيح الفصول، للقرافي، ٥٤؛ مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ٩٠؛ المستصفى، للغزالي، ٢/٤٢، ٧٤؛ المنهاج، للبيضاوي، ١/٣٦٧؛ وشرحه: الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ١/٣٦٨؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٣٠٧؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ١/٢٥٩، معيار العقول إلى علم الأصول، لابن المرتضى – في مقدمة كتابه: البحر الزخار–١/١٩٠؛ فتح القدير، للشوكاني، ٣/٢٧٢؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/١٠٩؛ تهذيب الأصول، لعبد الأعلى الموسوي، ١/١٠١؛ قاموس الشريعة، لجميل بن خميس السعدي، ١/٢٥٥.

غيرها، فتكون العقوبة أشد[1]؛ ولهذا فإننا ندعو المشرع اليمني إلى إيجاد نص تشريعي يجرم إيذاء الوالدين أو أحدهما من قبل الأبناء وتحديد عقوبة لذلك.

ومما يندرج تحت التمثيل لقواعد دلالات الألفاظ على معانيها، ما يلي: -

١ – تحريم شهادة الزور بدلالة عبارة قوله تعالى: ﴿فَٱجۡتَنِبُواْ ٱلرِّجۡسَ مِنَ ٱلۡأَوۡثَٰنِ وَٱجۡتَنِبُواْ قَوۡلَ ٱلزُّورِ ۝٣٠﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَشۡهَدُونَ ٱلزُّورَ﴾[3]، وتوضيح ذلك: أن قوله تعالى: ﴿فَٱجۡتَنِبُواْ ٱلرِّجۡسَ مِنَ ٱلۡأَوۡثَٰنِ وَٱجۡتَنِبُواْ قَوۡلَ ٱلزُّورِ ۝٣٠﴾ يفهم منه بدلالة العبارة أن شهادة الزور جريمة، كما أنه يفهم بدلالة عبارة قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَشۡهَدُونَ ٱلزُّورَ﴾ تحريم شهادة الزور؛ لأن الآية مسوقة لأوصاف المؤمنين، فدل هذا على أن شهادة الزور حرام عليهم ولا تتفق مع الإيمان، وعلى ذلك يكون لولي الأمر أن يضع لشهادة الزور عقابًا زاجرًا[4].

٢ – تحريم الجناية على أموال اليتامى بدلالة مفهوم قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأۡكُلُونَ أَمۡوَٰلَ ٱلۡيَتَٰمَىٰ ظُلۡمًا إِنَّمَا يَأۡكُلُونَ فِي بُطُونِهِمۡ نَارٗاۖ وَسَيَصۡلَوۡنَ سَعِيرٗا ۝١٠﴾[5]، وتوضيح ذلك: أن منطوق الآية دل بلفظه وعبارته على تحريم أكل أموال اليتامى ظلمًا، فكل من يعرف الألفاظ ومعانيها يتبادر إلى فهمه أن العلة في هذا التحريم هي الاعتداء على مال اليتيم العاجز عن المحافظة على ماله، وهذه العلة متحققة في أمر آخر سكت عنه الشارع، وهو إتلاف أموال اليتامى بأي نوع من أنواع الإتلاف؛ كإحراقها، أو تبديدها، فيكون تحريم إحراق أموال اليتامى وإهلاكها وتضييعها من غير حق

---

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، لأبي زهرة، ٢٠٢.

(٢) من الآية ٣٠ من سورة الحج.

(٣) من الآية ٧٢ من سورة الفرقان.

(٤) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامية (الجريمة)، محمد أبو زهرة، ٢٠١.

(٥) الآية ١٠ من سورة النساء.

والتقصير في المحافظة عليها مفهومًا من منطوق الآية الذي يقصد به النهي عن أكل أموال اليتامى؛ لأن إحراقها وإهلاكها وكل ما من شأنه تفويت أموال اليتامى عليهم من غير حق هو مثل أكلها المنهي عنه في الآية، إلا أن تحريم الأكل دل عليه منطوق الآية في حين أن الإحراق والإهلاك مفهومان من الآية عن طريق دلالة النص؛ لأنها اعتداء على أموال اليتامى، ولمساواتها في العلة التي استوجبت تحريم الأكل[1]، غير أنه لما كانت عبارة نص الآية تفيد أن من أشنع الظلم أكل أموال اليتامى فإنه يستفاد من هذا أيضًا: أن أكل أموال اليتامى ظلمًا جريمة توجب عقابًا دينيًا يوم القيامة، وتوجب عقابًا دنيويًا يتولاه ولي الأمر بوضع عقوبة زاجرة ينفذها القضاء مع العقاب الأخروي[2].

٣- النهي عن قتل الإنسان نفسه بدلالة منطوق قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓا۟ أَنفُسَكُمْ﴾[3]، فهذا المنطوق يستقل بلفظه بإفادة هذا المعنى[4]، وأخذًا من هذا المنطوق فإنَّ لوليِّ الأمر أن يضع عقابًا لمن يساعد غيره على قتل نفسه، أو يسهل له الطريق إلى ذلك، أو يرشده إلى أي أسلوب لقتل نفسه، وفي نفس الوقت لا بد من معالجة أسباب قتل النفس، عن طريق التوعية الدينية والبحث الدقيق عن تلك الأسباب ومعالجتها اجتماعيًا واقتصاديًا وثقافيًا.

---

(١) المستصفى، للغزالي، ٢/٧٤؛ الإحكام، للآمدي، ٢/٤٧.

(٢) أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ١٢٩؛ الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، للمؤلف نفسه، ٢٠٢، ٢٠٣.

(٣) من الآية ٢٩ من سورة النساء.

(٤) المستصفى، للغزالي، ١/٢٢٨.

المبحث الرابع

أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني

تفسير قواعد قانون الإجراءات الجزائيَّة يسري بشأنها قواعد تفسير القواعد القانونية بصفة عامة، فليس لقانون الإجراءات الجزائيَّة أية قواعد تفسيرية خاصة ينفرد بها، فإذا كانت عبارات النصّ واضحة وجلية فإن المفسر يعتبرها تعبيرًا صادقًا عن إرادة المشرع، أما إذا شاب النصّ غموض والتباس فإن المفسر ينبغي عليه أن يسعى إلى التعرف على مراد الشارع من النصّ مستظهرًا علة النصّ وإعطاء المعنى الذي يتفق مع هذه العلة وجودًا وعدمًا، وذلك بوسائل التفسير المختلفة؛ كالأعمال التحضيرية، والظروف التي لا بَست وضع النص، والاستهداء بحكمة التشريع ودواعيه، كما يجوز القياس في قواعد الإجراءات الجزائيَّة، لا سيما التي تكفل حرية الفرد؛ لأن الأصل في المتهم البراءة؛ ولأن قواعد الإجراءات الجزائيَّة وضعت لتأمين حسن سير العدالة وضمان الصالح العام في القضاء الجزائي، وبالتالي فإنها تعود بالفائدة على جميع المتقاضين[1]، وفيما يلي بعض الأمثلة التطبيقية لقواعد دلالات الألفاظ على معانيها بمنطوقها ومفهومها في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني.

أولاً: التطبيق في قاعدة دلالة العبارة

١ – نصَّت المادة الثالثة من قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م على أنه: "... لا يجوز إحضار شخص

---

(١) الإجراءات الجنائيَّة في التشريع المصري، د. مأمون سلامة، ٢٣/١، ٣٨؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د. محمد محمد سيف شجاع، ٢٢، ٢٣؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الأول: الدعاوى الناشئة عن الجريمة، د. مطهر علي صالح أنقع، ١٣، ١٥٠؛ التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، لعبد القادر عودة، ١٨٥/١.

للمساءلة الجنائيَّة إلا عماً ارتكبه هو من أفعال يعاقب عليها القانون"، فهذا النصّ يدل دلالة واضحة بنفس الصيغة على المعنى المقصود أصالة من السياق، وهو عدم جواز إحضار شخص للمساءلة الجنائيَّة إلا إذا ارتكب فعلاً يعاقب عليه القانون.

٢ – نصَّت المادة الرابعة من نفس القانون على أنه: "... لا يُقضى بالعقاب إلا بعد محاكمة تجري وفق أحكام هذا القانون، وتصان فيها حرية الدفاع"، فهذا النصّ يدل بعبارته دلالة واضحة على أنه لا يجوز القضاء بعقاب أي شخص إلا بعد محاكمة تجري تبعًا لأحكام هذا القانون وتصان فيها حرية الدفاع، وهذا المعنى هو المقصود من السياق، وهذا من قبيل عبارة النص.

ثانيًا: التطبيق في قاعدة دلالة الإشارة

١ – نصَّت المادة رقم (١٧) من نفس القانون على أنه: "(١) يسري قانون الإجراءات الجزائيَّة على كل عمل إجرامي يتخذ في إقليم الجمهورية(٢) تسري قوانين الإجراءات الجزائيَّة على المواطنين وكذلك على رعايا الدول الأجنبية والأشخاص عديمي الجنسية"، فهذا النصّ يدل بطريق العبارة على سريان أحكام قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني على كل من يرتكب عملاً إجراميا في اليمن بغض النظر عن جنسية مرتكبة، ويدل النصّ بطريق الإشارة على أن غير اليمني يخضع لأحكام قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني كما يخضع له اليمني ولا امتياز لغير اليمني في ذلك.

٢ – ذكرت الفقرة الثانية من المادة رقم (٢٧) من نفس القانون: "أن الجرائم التي تقع على الأموال بين الأصول، والفروع، والزوجين، والإخوة، والأخوات، لا يجوز للنيابة العامَّة رفع الدعوى الجزائيَّة فيها أمام المحكمة إلا بناء على شكوى المجني عليه أو من يقوم مقامه، وهذا ما نصَّت عليه، بقولها: "لا يجوز للنيابة العامَّة رفع الدعوى الجزائيَّة أمام المحكمة إلا بناء على شكوى المجني عليه أو من يقوم مقامه قانونًا... في الجرائم التي تقع على الأموال فيما بين الأصول، والفروع، والزوجين، والإخوة والأخوات"، فهذا النصّ يدل بعبارته على عدم جواز رفع الدعوى الجزائيَّة من النيابة العامَّة في الجرائم التي تقع على الأموال فيما بين الأصول، والفروع،

والزوجين، والإخوة، والأخوات، إلا بناء على شكوى المجني عليه أو من يقوم مقامه، وهذا واضح من صيغة النص، ويفهم من النصّ بطريق الإشارة أن جرائم الأموال بين الأصول، والفروع، والزوجين، والإخوة، والأخوات، جرائم شخصية وليست اجتماعيَّة فهي جناية على حق من ذكرتهم المادة بعضهم على بعض، وهذا المعنى يفهم من عبارة النصّ بطريق اللزوم لأن المادة أعطت الحق للأصول، والفروع، والزوجين، والإخوة، والأخوات، حق عدم الشكوى، ولو كانت جرائم الأموال بين هؤلاء جريمة اجتماعيَّة لما أعطي هؤلاء هذا الحق.

ثالثًا: التطبيق في قاعدة دلالة النص

١ – نصَّت المادة رقم (٨١) من نفس القانون على أن:" لمن يقوم بتنفيذ أمر القبض تفتيش المقبوض عليه لتجريده من الأسلحة..."، فالشارع يقرر في هذا النصّ الارتباط بين مجالي: القبض، والتفتيش، فحيث يكون القبض على شخص جائزًا، يكون تفتيشه كذلك جائزًا وعلة هذا الارتباط هي أن التفتيش يفترض مساسًا بالحرية الشخصيَّة أقل ممَّا يفترضه القبض، فإذا كان المساس الأكثر جائزًا فإن المساس الأقل يكون جائزًا من باب أولى[1].

٢ – نصَّت المادة رقم (٢١٨) من نفس القانون على أنه: "إذا تبين للنيابة العامَّة بعد التحقيق أن الواقعة لا يعاقب عليها القانون أو لا صحة لها تصدر قرارًا مسببًا بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائيَّة نهائيًا"، فهذا النصّ يستفاد منه بطريق مفهوم الموافقة امتداد حكمه ليشمل كل حالات عدم العقاب، بحيث يكون للمحقق أن يقرر بأن لا وجه لإقامة الدعوى الجزائيَّة، ليس فقط إذا لم يكن الفعل جريمة بل إذا توافر مانع من موانع المسئولية لدى الجاني أيضًا[2].

---

(١) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ٨٧. ونظير ذلك ما ذكره الدكتور/محمود نجيب حسني من أن المادة (٤٦) من قانون الإجراءات الجنائيَّة المصري نصَّت على أنه: "في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانونًا على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه". انظر: [الدستور والقانون الجنائي، ٨٧].

(٢) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د. محمد محمد سيف شجاع، ٢٢.

رابعًا: التطبيق في قاعدة دلالة مفهوم المخالفة.

١ – نصّت المادة رقم (٤٨٤) من نفس القانون على إيقاف تنفيذ عقوبة الإعدام أو الحد أو القصاص التي يترتب عليها ذهاب النفس أو العضو عن الحامل حتى تضع حملها والمرضع حتى تتم رضاعة ولدها في عامين ويوجد من يكفله، وأنها تحبس إلى أن يحين وقت التنفيذ، حيث نصّت على ذلك بقولها: "لا تنفذ عقوبة الإعدام أو الحد أو القصاص التي يترتب عليها ذهاب النفس أو عضو من الجسم في أيام الأعياد الرسمية والأعياد الخاصّة بديانة المحكوم عليه، ويوقف التنفيذ في المرأة الحامل حتى تضع حملها، والمرضع حتى تتم رضاعة ولدها في عامين ويوجد من يكفله، وتحبس إلى أن يحين وقت التنفيذ"[1]، فهذا النّص يدل بمفهوم الغاية المخالف على أن غاية إيقاف التنفيذ في الحامل والمرضع لا يمتد إلى ما بعد الوضع ولا إلى ما بعد رضاعة المولود عامين مع وجود من يكفله، وعلى أن استمرار حبس الحامل، أو المرضع مقيّد بغاية ينتهي إليها وهذه الغاية هي وقت التنفيذ، وهذا يدل بمفهوم المخالفة في الغاية أنها لا تحبس بعد تنفيذ عقوبات الحدود والقصاص في غير النفس.

٢ – ذكرت المادة رقم (٤٨٤) سالفة الذكر من نفس القانون حكم تنفيذ القصاص، والحدود، على المرأة الحامل، والمرضع، وهذا الحكم هو إيقاف التنفيذ على المرأة الحامل حتى تضع حملها، وعلى المرضع حتى تتم رضاعة ولدها عامين، ويوجد من يكفله، فهذا الوصف في المرأة وهو (الحمل) أو (الإرضاع) يدل على أنه إذا انتفى هذا الوصف فإنه لا يُوقَف تنفيذ العقوبة، وهذا ما دل عليه مفهوم المخالفة بالوصف.

كما ورد في نفس المادة النّصّ على عدم تنفيذ عقوبات القصاص والحدود في أيام الأعياد الرسمية والأعياد الخاصّة بديانة المحكوم عليه، فالوصف هنا متعلق بالأيام، وهو كونها: "أيام أعياد رسمية"، وأيام: "أعياد خاصة بديانة المحكوم عليه"،

---

(١) ومثله ما ورد في المادة (٤٨٧) من قانون الإجراءات الجزائيّة بتحديد غاية عقوبة الرجم بأنها حتى الموت فقد جاء فيها: "تنفذ عقوبة الرجم رميًا بالحجارة حتى الموت...".

ففي هذه الأيام لا تنفذ فيها العقوبات المذكورة، والمفهوم المخالف بالوصف أنه إذا انتفى الوصف وهو كون الأيام ليست أيام أعياد رسمية، ولا أيام أعياد خاصة بديانة المحكوم عليه، فإن هذا لا يمنع من تنفيذ العقوبة في أي يوم؛ لخلوه من قيد الوصف.

٣ – نصّت المادة رقم (٤٨٦) من نفس القانون على كيفية تنفيذ عقوبة الصلب بقولها: "تنفذ عقوبة الصلب بربط المحكوم عليه بعد إعدامه في مكان ظاهر، بحيث يراه الناس المدة التي يقررها الحكم، ولا تزيد على ثلاثة أيام"، فمدة الصلب مقيدة بعدد معين من الأيام، حسبما يقرره الحكم، إلاّ أنّ عدد أيام الصلب لا يزيد عن ثلاثة أيام، وهذا يدل بالمفهوم المخالف على عدم النقص عن المدة التي يقررها الحكم[1].

٤ – ومن مفهوم الغاية في القوانين: النّصّ في كثير منها على أن يعمل بهذا القانون إلى أن يصدر ما يخالفه[2].

---

(١) ومثال مفهوم العدد في غير القانون اليمني: ما ذكره الدكتور/عجيل جاسم النشمي، من أنه ورد في المادة (٦٢) من قانون الجزاء الكويتي أن "الحبس المؤقت لا تقل مدته عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد عن خمس عشرة سنة"، فمفهوم العدد: أن المدة إذا كانت أقل من أربع وعشرين ساعة لا يعتبر حبسًا مؤقتًا، وكذا إذا زاد عن خمس عشرة سنة. انظر: [الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، ١٢٩].

(٢) تفسير النُّصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٥٤٠؛ أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ١٤٣.

المبحث الخامس

أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني

الأمثلة في القوانين الجنائيّة على قواعد دلالات الألفاظ تكثر في دلالة العبارة، وتوجد أحيانًا في دلالة الإشارة، أو الاقتضاء، ولكن في دلالة النص، أو (مفهوم الموافقة) الذي يعتبره فقهاء القانون استنتاجا عن طريق القياس الموافق أو (الأولوي) يكاد يكون نادرًا، كذلك الشأن في مفهوم المخالفة؛ لأن التوسع في تفسير القوانين الجنائيّة قد يؤدي إلى خلق جرائم وفرض عقوبات لم ينص عليها القانون، وفي هذا يقول الدكتور/ محمد بن حسين الشامي: "في المواد الجزائيّة يسود مبدأ الجرائم والعقوبات المبدأ الدستوري القائل: لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وفقًا لقول الله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [1]، وعلى ذلك فإذا لم يجد القاضي نصًا يجرم الفعل المنسوب إلى المتهم فليس له إلاّ الحكم بالبراءة، ولا يجوز له أن يتوسع في التفسير فيجرم الفعل المنسوب إلى المتهم بالقياس على فعل آخر ورد نص بتجريمه، وإذا كان القياس لا محل له في مجال الجرائم والعقوبات، فإنه في بعض الحالات لا مانع من إعماله في إفادة المتهم بإباحة الفعل وتخفيف العقوبة عنه"[2]، ولهذا السبب فإن نصوص القوانين الجنائيّة في أغلب الأحوال ترد محددة في مواد وعبارات واضحة، حتى لا يتوسع في تفسيرها ولا يعمل القياس فيها؛ لكي لا يؤدي ذلك إلى خلق جرائم وعقوبات لم ينص عليها القانون[3]، وإليك بعض الأمثلة

---

(١) من الآية ١١٩ من سورة الأنعام.

(٢) الوجيز في مدخل القانون، ١١٨.

(٣) الإجراءات الجنائيّة في التشريع المصري، د. مأمون سلامة، ١/٢٣؛ النظام الجنائي، د. عبد الفتاح خضر، ١/١٠١؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد محمد سيف شجاع، ٢٢؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الأول: الدعاوى الناشئة عن الجريمة، د. مطهر علي صالح أنقع، ٥٠، ٥١؛ الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٠٢، ١٠٣، دروس في مبادئ القانون، عميد دكتور: عوض يعيش، ٧٥.

التطبيقية لقواعد الدلالات في قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

أولاً: التطبيق في قاعدة دلالة العبارة

١ – ذكرت المادة الأولى من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات تعريفات عامة تتعلق بهذا القانون، وقبل أن تسرد المادة تلك التعريفات نصَّت على أنه: "يكون للكلمات والعبارات التالية المعاني الواردة أمام كل منها، ما لم يقضي (هكذا والصواب ما لم يقضِ) السياق بخلاف ذلك، أو دلت القرينة على معنى آخر"، ثم ذكرت التعريفات، فهذا النصّ يدل دلالة واضحة بنفس الصيغة على دلالة اللفظ على المعاني المقصودة أصالة من السياق، وهذا هو دلالة العبارة، ولا يمنع ذلك من الإفادة من قواعد الدلالات الأخرى المعروفة، ومما أوردته المادة من تعريفات تدل دلالة واضحة بعباراتها على المعاني بنفس الصيغة: تعريفها لإقليم الدولة؛ حيث عرفته بقولها: "يُقصد بإقليم الدولة: أراضيها، ومياهها الإقليمية، وما فوقها، وتحتها، ويدخل في ذلك: الطائرات والسفن التي تحمل جنسية الدولة وعلمها، أينما وجدت"، ومما ذكرته هذه المادة أيضًا: تعريف الغائب، حيث عرفته بقولها: "هو الشخص الذي لا يُعرف مكانه، وتنقطع أخباره، ولا يعرف إن كان حيًّا أو ميتًا"، وغير ذلك من التعريفات التي تدل دلالة واضحة بنفس الصيغة على معاني مقصودة على سبيل الأصالة، وما كان كذلك فهو من قبيل عبارة النص.

٢ – ورد في المادة الثانية من نفس القانون: **"لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون"**، فهذه المادة تدل دلالة واضحة بنفس الصيغة على هذا المعنى المقصود على سبيل الأصالة، وهو أن الفعل لا يعد جريمة إلا بقانون، وأنه لا عقوبة إلا بقانون، وهذا من قبيل عبارة النص[1].

---

(١) ونظير ذلك: ما ذكره الدكتور/عجيل جاسم النشمي: من أنه ورد في المادة الأولى من قانون الجزاء الكويتي، أنه "لا يعد الفعل جريمة، ولا يجوز توقيع عقوبة من أجله إلا بناء على نص في القانون"، فهذه المادة تدل دلالة واضحة بنفس الصيغة على هذا المعنى المقصود على سبيل الأصالة، وما كان كذلك فهو من قبيل عبارة النص. انظر [الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، ١١٧].

ثانيًا: التطبيق في قاعدة دلالة الإشارة

نصوص القانون الجنائي يمكن فهم دلالاتها بطريق الإشارة[1]،ومن الأمثلة التطبيقية لقاعدة دلالة إشارة النّصّ في قانون الجرائم والعقوبات ما يلي: -

١ - نصَّت المادة الثالثة من هذا القانون على أنه: "يسري هذا القانون على كافة الجرائم التي تقع على إقليم الدولة، أيًا كانت جنسية مرتكبها..."، فهذا النّصّ دل بطريق العبارة على سريان أحكام قانون الجرائم والعقوبات اليمني على كل من يرتكب جريمة في دولة اليمن، بغض النظر عن جنسية الجاني، ودل النّصّ بطريق الإشارة على أن غير اليمني يخضع لقانون الجرائم والعقوبات اليمني كما يخضع له اليمني، ولا امتياز لغير اليمني في ذلك[2].

٢ - الزنى من الجرائم التي اعتبرها القانون اليمني جريمة اجتماعيَّة، بمعنى أنها لا تقتصر على الزانيين، بل يمتد أذاها إلى كل المجتمع، بدليل اعتبارها جريمة حدية، والجرائم الحدّية صرَّح القانون اليمني بأنها مرتبطة بحقّ الله تعالى، أي يتعلق بها حق المجتمع كما يتعلق بها حق الفرد، وهذا ما نصَّت عليه المادة رقم (١٢) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني التي تناولت تعريف جرائم الحدود وتعدادها بقولها: "الجرائم التي يجب فيها الحد هي ما بيّن عقوبتها نص شرعي، وكانت حقًا لله تعالى

(١) الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون ، ١١٩.

(٢) ونظير ذلك: ما ذكره الدكتور/عجيل جاسم النشمي -أيضا-: من أنه ورد في المادة (١١) من قانون الجزاء الكويتي أنه "تسري أحكام هذا القانون على كل شخص يرتكب في إقليم الكويت وتوابعها جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه، وتسري على كل شخص يرتكب خارج الكويت فعلاً يجعله فاعلاً أصليًا أو شريكًا في جريمة وقعت كلها أو بعضها في إقليم الكويت"، فهذه المادة دلت بطريق العبارة على سريان أحكام قانون الجزاء الكويتي على كل من يرتكب جريمة في دولة الكويت، بغض النظر عن جنسية الجاني، ودلت المادة بطريق الإشارة على أن غير الكويتي يخضع لقانون الجزاء كما يخضع له الكويتي، ولا امتياز لغير الكويتي في ذلك". انظر: [الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، ١٢١- ١٢٢].

خالصًا، أو مشوبًا، ويعبر عنها شرعًا بالحدود، وهي سبع: ١ – البغي ٢ – الردّة ٣ – الحرابة ٤ – السرقة ٥ – الزنى ٦ – القذف ٧ – الشرب"، كما بينت المادة رقم (٢٦٢) من نفس القانون عقوبة الزنى، بقولها: "... يعاقب الزاني والزانية في غير شبهة أو إكراه بالجلد مائة جلدة إن كان غير محصن، ويجوز للمحكمة تعزيره بالحبس مدة لا تجاوز سنة، وإذا كان الزاني أو الزانية محصنًا يعاقب بالرجم حتى الموت"، فالقانون اليمني أثبت الرجم للزاني المحصن رجلاً كان أو امرأة[1]، وهذا

---

(١) وهذا بخلاف بعض قوانين البلاد العربية التي تجعل عقوبة الزنى سنوات معينة، وأن للزوج حق إيقاف تحريك الدعوى، ومن ذلك القانون المصري، والقانون الكويتي، فموقف القانون الجنائي المصري من الزنى وعقوبته، قد وضحه ما جاء في كتاب أصول القانون للدكتور/السنهوري، والدكتور/أبو ستيت، ص ٢٤٦، بقولهما: "أن القانون الجنائي (المادة ٢٧٤ جديدة) يعطي الحق للزوج في أن يعفو عن زوجته المحكوم عليها في دعوى الزنى (المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين، لكن لزوجها أن يوقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها له كما كانت)، فمن باب أولى يستطيع الزوج قبل أن يحكم على زوجته أن يطلب إيقاف السير في إجراءات دعوى الزنى، فإن من يملك الأكثر يملك الأقل"، كما يكون للزوج من باب أولى –أيضًا– حق وقف السير في إجراءات الدعوى ضد زوجته قبل صدور الحكم عليها. انظر –أيضًا– [علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٤٩؛ محاضرات في المدخل للقانون، د. حسن كيرة، ١٣٣١ والمدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢٢٢].
وعن موقف القانون الجنائي الكويتي، يقول الدكتور/عجيل جاسم النشمي: "قد تضمنت كثير من نصوص القوانين الدّلالة بطريق الإشارة، ومن ذلك ما جاء في المادة (١٩٧) من قانون الجزاء الكويتي التي نصّت على أنه (يجوز للزوج المجني عليه في جريمة الزنى أن يمنع إقامة الدعوى الجزائيّة على الزوج الزاني رجلًا كان أو امرأة وعلى شريكه في الزنى، بشرط أن يقبل المعاشرة الزوجية كما كانت، ولهذا الزوج أن يوقف تنفيذ الحكم النهائي برضائه استمرار الحياة الزوجية، وإذا منع الزوج المجني عليه إقامة الدعوى الجزائيّة، أو أوقف سير الإجراءات، أو أوقف تنفيذ الحكم النهائي، لم تسر أحكام المادة (١٩٤) التي تنص على أن: (كل من واقع امرأة بلغت الحادية والعشرين برضاها، ولم تكن محرمًا منه، وضبط متلبسًا بالجريمة، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنين، ولا تقل عن ستة أشهر) فالمادة (١٩٧)– وهي من سيئات القانون

النّصّ يفهم منه بطريق دلالة الإشارة أنّ زنى أحد الزوجين جناية على المجتمع في نظر الشارع اليمني، وليس جناية على أحد الزوجين فقط، وهذا لازم لعدم إثبات حق إسقاط عقوبة الزنى لأحد الزوجين[1].

ثالثًا: التطبيق في قاعدة دلالة النص

قاعدة دلالة النص، "أو مفهوم الموافقة" في القوانين الجنائيّة يفيد منها فقهاء القانون في تخفيف العقوبة عن المتهم أو تبرئته؛ لأن الأصل البراءة، ومن أمثلة ذلك في قانون الجرائم والعقوبات اليمني ما يلي:

التي تعارض الشريعة الإسلامية صراحة- تدل بعبارة النّصّ على حق الزوج في منع إقامة الدعوى الجزائيّة، ووقف سير الإجراءات، ووقف تنفيذ الحكم النهائي، وذلك كله على الوصف الذي ذكرته المادة، ويفهم من المادة بطريق الإشارة أن جريمة الزنى جريمة شخصية وليست اجتماعيّة، فهي جناية على حق الزوج الآخر، وهذا المعنى يفهم من عبارة النّصّ بطريق اللزوم؛ لأن المادة أعطت حق تحريك الدعوى للزوج، ولو كانت جريمة الزنى في نظر القانون جريمة اجتماعيّة لما أعطي للزوج هذا الحق كما هو الحال في الجرائم العامّة وجريمة السرقة حيث اعتبرها القانون جرائم اجتماعيّة..." انظر: [الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، ١١٩- ١٢٠].

(١) ومثال العبارة والإشارة في غير القانون اليمني: ما ذكره بعض الباحثين من أن المادة (٢٧٤) سالفة الذكر من قانون العقوبات المصري التي تنص على أن "المرأة المتزوجة التي ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين، ولكن لزوجها أن يوقف تنفيذ الحكم برضائه معاشرتها" تدل بعبارتها على عقوبة الزوجة التي ثبت زناها؛ وأن الزوجة الزانية تستحق العقوبة، وفي أن العقوبة هي حبس الزوجة الزانية مدة لا تزيد عن سنتين، وعلى أن للزوج الحق في وقف تنفيذ هذه العقوبة بأن يرتضي معاشرة زوجته، وتدل بإشارتها على أن زنى الزوجة ليس جناية على المجتمع في نظر الشارع المصري، وإنما هو جناية على الزوج، وهذا لازم لإثبات حق إسقاط عقوبة الزنى للزوج، إذ لو كان جناية على المجتمع كالسرقة لما ثبت لأحد حق إسقاط عقوبة الزنى. انظر: [علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٤٧؛ تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٥٠٧، ٥١٢].

١ – نصت المادة رقم (٢٣٢) من هذا القانون على حكم قتل الزوج زوجته ومن يزني بها حال تلبسهما بالزنى، بقولها: "إذا قتل الزوج زوجته هي ومن يزني بها حال تلبسهما بالزنى، أو اعتدى عليهما اعتداء أفضى إلى موت أو عاهة، فلا قصاص في ذلك، وإنما يعزر الزوج بالحبس مدة لا تزيد على سنة أو بالغرامة، ويسري ذات الحكم على من فاجأ إحدى أصوله أو فروعه أو أخواته متلبسة بجريمة الزنى"، فهذا مثال لحالة من الحالات التي لا مانع فيها من إعمال القياس في إفادة المتهم بتخفيف العقوبة عنه، فالنص لم يجعل عقوبة الزوج القصاص إذا قتل زوجته حال تلبسها بالزنى، ولم يجعل القصاص أيضًا عقوبة لمن قتل إحدى أصوله أو فروعه أو أخواته وهي متلبسة بجريمة الزنى، بل اكتفى القانون بتوقيع عقوبة مخففة، هي التعزير بالحبس مدة لا تزيد على سنة، أو بغرامة[1]، مع أن الأولى أن يكون نص القانون في هذه الحالة العفو عن الزوج إذا قتل زوجته أو إحدى أصوله أو فروعه أو أخواته؛ لما في ذلك من الغيرة الشديدة في هذا الموقف الذي لا يطاق تحمله.

وهذا النصّ الذي ذكر هذه الحالة يمكن للقاضي أن يعمل فيه بالقياس "مفهوم الموافقة"، وذلك في حالة ما إذا اقتصر الزوج على ضرب الزوجة الزانية وشريكها، دون أن يصل الضرب إلى حد القتل، فيسري حكم التخفيف الوارد بشأن القتل على الضرب المحدث لعاهة مستديمة من باب أولى، ما دام أن القتل الذي هو أشد من الضرب لا يستحق به الزوج القتل[2].

(١) الوجيز في المدخل للقانون، د. محمد الشامي، ١١٨.

(٢) الوجيز في المدخل للقانون، د. محمد الشامي، ١١٨؛ دروس في مبادئ القانون، عميد د. عوض محمد يعيش، ٧٥. ويرى الدكتور/محمد بن حسين الشامي أن للقاضي أن يعفي الزوج في حال اقتصر على ضربه لزوجته وشريكها دون القتل، أي أن للقاضي من باب أولى أن يعفي الزوج حتى من العقوبة المخففة، وهي التعزير بالحبس سنة، أو الغرامة. انظر: [الوجيز في المدخل للقانون، ١١٨].ويذكر فقهاء القانون المصري هذا الحكم أيضًا في التمثيل للاستنتاج بطريق مفهوم الموافقة من باب أولى، فقد جاء في أصول القانون، للدكتور/أحمد السنهوري،

٢ – نصّت المادة رقم (٢٩٩) من نفس القانون: على أن السرقة إذا حصلت بين الأصول أو الفروع أو بين الزوجين أو بين المحارم، فإنها لا تعتبر جريمة سرقة حدية، فقد جاء فيها: "لا تعتبر جريمة السرقة حدية في الأحوال التالية..."، ثم ذكرت في الفقرة الثانية الحالة المتعلّقة بالأصول والفروع والزوجين والمحارم، بقولها: "إذا

والدكتور/أحمد حشمت أبو ستيت، ص ٢٤٦ –تعليقًا على نص المادة (٢٣٧) من قانون العقوبات المصري الجديد– التي تنص على أن "من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنى وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس..." ما نصه: "أن القانون الجنائي يخفف جريمة القتل في حالة ما إذا فاجأ الزوج زوجته متلبسة بجريمة الزنى، فقتلها، فيجعل جريمة القتل في هذه الحالة جنحة، لا جناية، فلو أن زوجًا فاجأ زوجته متلبسة بجريمة الزنى، ولم يقتلها، ولكنه ضربها ضربًا خلق عاهة مستديمة، فإن هذه الجريمة تعتبر جنحة لا جناية من باب أولى، ما دام القتل وهو أشد منها اعتبر جنحة". فعقاب الزوج بقتله زوجته ومن يزني بها حال تلبسهما بالزنى بالحبس، يعني أن القانون المصري اعتبر أن هذه الجريمة (جنحة)، وجعل هذه العقوبات بديلة عن عقوبة الأشغال الشاقة المقررة للقتل (جناية)، ونص القانون لم يصرح إلا بحالة القتل فقط مع تخفيف العقوبة بالنسبة لها، إذ جعلها الحبس، ولكنه لم ينص على التخفيف بالنسبة للضرب الذي يتخلف عنه عاهة مستديمة، إلا أنه لما كانت علة التخفيف متوافرة وزيادة في حالة إحداث العاهة بدلًا من القتل، فإن حالة العاهة المستديمة التي لم ينص عليها تقاس على حالة القتل التي نص عليها، ويعطى حكمها من باب أولى. انظر: [المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢٢١–٢٢٢؛ محاضرات في المدخل للقانون، د.حسن كيرة، ٣٣١؛ قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ١٢، ١٣، ١٤؛ القاعدة القانونية د. طه بدوي، ١٠٨– ١٠٩؛ تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ١٩]، وانظر أيضا: [علم أصول الفقه، للشيخ عبد الوهاب خلاف، ١٤٩، حيث اعتبر أن هذا مفهوم من دلالة النص، وأن ضرب الزوج زوجته ومن يزني بها أولى بالقتل من التخفيف]. وهذا أيضًا هو ما ذكره الدكتور/عجيل جاسم النشمي، فقد ذكر أنه ورد في قانون الجزاء الكويتي في المادة (١٥٣) التي تنص على أن "من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنى، أو فاجأ بنته، أو أمه، أو أخته، حال تلبسها بمواقعة رجل لها، وقتلها في الحال، أو قتل من يزني بها، أو قتلهما معًا، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات، وبغرامة لا تجاوز ثلاث آلاف (هكذا ثلاث) روبية، أو بإحدى هاتين العقوبتين". انظر: [الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، ١٢٢].

حصلت السرقة بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين المحارم"، فإنه يفهم من هذا النصّ أن جريمة خيانة الأمانة لا تعتبر جريمة سرقة حدية من باب أولى بين الزوجين والأصول والفروع، لأن العلة المفهومة من عدم اعتبار جريمة السرقة بين هؤلاء جريمة حدية هي المحافظة على تدعيم العلاقات بين أفراد الأسرة والحرص على كيانها، وهذه العلة متوافرة في جريمة خيانة الأمانة سواء بسواء إن لم يكن أولى[1].

رابعًا: التطبيق في قاعدة دلالة الاقتضاء

نصت المادة رقم (٢٦) من نفس القانون على أنه: "لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون، أو قيامًا بواجب يفرضه القانون، أو استعمالا لسلطة يخولها"، فنص المادة: "لا جريمة" مقتضاه: نفي وقوع الفعل على الإطلاق، لكن هذا المقتضى يتنافى مع ما ذكر بعد لفظة: "لا جريمة" من أنه "إذا وقع الفعل"، فيلزم لصحة المادة أن يقدر: "لا يعد جريمة" أو "لا عقوبة على فعل"، أو "لا يسأل جزائيًا"، أو "لا يوصف جريمة"[2].

---

(١) نظير ذلك: ما ذكره الدكتور/حسن كيرة كمثال للاستنتاج عن طريق القياس (دلالة النص)، بقوله: "مثلاً كانت المادة (٣١٢) من قانون العقوبات تعفي من العقاب على جرائم السرقة التي تقع إضرارًا بالزوج أو الزوجة أو الأصول أو الفروع، ولما كانت العلة من هذا الإعفاء هي المحافظة على كيان الأسرة وتدعيم العلاقات بين أفرادها، وكانت هذه العلة متوافرة كذلك في جريمتي النصب وخيانة الأمانة توافرها في جريمة السرقة سواء سواء، فتقاس هاتان الجريمتان على جريمة السرقة، وتعطيان نفس الحل من إعفاء مرتكبيها من العقاب في نفس الحالات، وقد عدلت هذه المادة أخيرًا على هذا الأساس". انظر: [محاضرات في المدخل للقانون، ٣٣٠-٣٣١]. وجاء في أصول القانون للدكتور/السنهوري، والدكتور/أبو ستيت، ص٢٤٥، التمثيل بهذه المادة أيضًا على مفهوم الموافقة والاستنتاج بطريق القياس، فقد جاء فيه: "المادة (٣١٢) من قانون العقوبات الجديد تقول (لا يحكم بعقوبة على من يرتكب سرقة إضرارًا بزوجه، أو زوجته، أو أصول، أو فروعه) فقيست على حالة السرقة حالتا النصب وخيانة الأمانة، فلا عقاب فيهما كذلك".

(٢) ونظير ذلك: ما ذكره الدكتور/عجيل جاسم النشمي، من أنه ورد في المادة (٣٢) من قانون الجزاء الكويتي: أنه "لا جريمة إذا ارتكب الفعل دفاعًا عن نفس مرتكبه، أو ماله، أو دفاعًا عن

ومما يدخل في قاعدة دلالة الاقتضاء: أن الأخطاء المادية أو المعنويّة في القانون يمكن تفسيرها على أساس دلالة الاقتضاء، وبعبارة أحد الباحثين القانونيين – فإنّ ما يتعلق بالأخطاء الماديّة أو المعنويّة – "يمكن أن يندرج تحت دلالة الاقتضاء؛ إذ إنّه طبقًا لما سبق بيانه بشأن هذه الدّلالة وتعريفها بأن صدق الكلام أو صحته عقلاً أو شرعًا – أي قانونًا – يتوقف على تقدير المعنى الذي لا يستقيم الكلام إلا بتقديره، ونرى أن الأخطاء المادية تندرج إما تحت قسم ما يتوقف على تقديره صدق الكلام أو لضرورة صحته عقلاً، أما الأخطاء المعنويّة فتشمل ما يجب تقديره لضرورة صحة الكلام قانونًا"(١).

خامسًا: التطبيق في قاعدة مفهوم المخالفة

١ – نصّت المادة رقم (٣١) من نفس القانون على أنه: "لا يسأل جزائيًا من لم يكن قد بلغ السابعة من عمره وقت ارتكاب الفعل المكون للجريمة..." فهذا النّصّ دل

نفس الغير، أو مال"، وورد في المادة (٢٨) من قانون الجزاء الكويتي أيضًا أنه: "لا جريمة إذا ارتكب الفعل بنية حسنة استعمالا لحق يقرره القانون، بشرط أن يكون مرتكبه قد التزم حدود هذا الحق"، فنص المادة "لا جريمة" مقتضاه نفي وقوع فعل مطلق، وهذا يناقض ما ذكر بعده من أنه: "إذا ارتكب الفعل..."، فيلزم لصحة المادة أن يقدر "لا يعد جريمة"، أو "لا عقوبة على فعل"، أو "لا يسأل جزائيًا". انظر: [الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، ١٢٣].

(١) هذا ما ذهب إليه الباحث/ د. محمد صبري السعدي، في كتابه: تفسير النّصوص في القانون والشريعة الإسلامية ص ٥٢٤، ومن أمثلة ما ذكره في هذا الصدد ما نصّت عليه المادة (٧٧٧) مرافعات من القانون المصري الملغى من أنه: "يعيّن كاتب المحكمة تقرير المعارضة بحضور صاحبها تاريخ الجلسة التي يحددها الكاتب لنظر جميع المعارضات" فإن عبارة "يعيّن كاتب المحكمة تقرير المعارضة..." لا يستقيم معها صحة الكلام عقلاً، فيقتضي تقدير لفظ (في) قبل كلمة (تقرير) ليصبح النّصّ "يعيّن كاتب المحكمة في تقرير المعارضة تاريخ الجلسة..." فلفظة (في) اقتضى تقديرها صحة معنى النص، فيعتبر من مدلولات النّصّ بطريق الاقتضاء [نفسه، ٥٢٣، ٥٢٤].

بمفهومه المخالف في الغاية على أنه إذا بلغ الشخص سن السابعة من عمره وقت ارتكاب الفعل المكون للجريمة فإنه يسأل جزائيًا[1].

٢ – نصَّت المادة رقم (١٥١) من نفس القانون على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات كلّ موظف عام طلب – أو قبل – عطيَّة أو مزيَّة من أي نوع، أو وعدًا بها[2] لأداء عمل أو الامتناع عن عمل إخلالاً بواجبات وظيفته، وتكون العقوبة الحبس الذي لا تزيد مدته على ثلاثة سنوات (هكذا ثلاثة) إذا كان العمل أو الامتناع حقًّا، ويعفى الشريك من العقوبة إذا بادر بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية بالجريمة أو اعترف بها قبل قفل التحقيق الابتدائي، فعبارة:"يعفى الشريك من العقوبة إذا بادر بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية بالجريمة أو اعترف بها قبل قفل التحقيق الابتدائي" يدل مفهومها المخالف على أن الموظف العام لا يعفى من العقوبة إذا لم يتحقق الشرط، وهو إخبار السلطات أو الاعتراف بالجريمة[3].

٣ – نصَّت المادة رقم (٣١٧) من نفس القانون على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد

---

(١) ومن أمثلة العمل بقاعدة مفهوم المخالفة في غير قانون الجرائم والعقوبات اليمني: ما ذكره الدكتور/ عبد الكريم زيدان من أن المادة (٦٠) من قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩م، نصّت على أنه "لا يسأل جزائيًا من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الإدراك، أو الإرادة، لجنون، أو عاهة في العقل، أو بسبب كونه في حالة سكر، أو تخدير، نتجت عن مواد مسكرة، أو مخدرة، أعطيت له قسرًا، أو علَى غير علم منه بها"؛ فمفهوم المخالفة بالوصف لهذا النص: هو معاقبة مالك الإدراك أو الإرادة، ومن تناول المواد المسكرة أو المخدرة وهو مختار أو عالم بها. انظر: [الوجيز في أصول الفقه، ٣٧١].

(٢) لعل المراد: أو قبل الوعد بالعطية وما شابهها مقابل الإخلال بواجباته الوظيفية.

(٣) ومثال ذلك: ما ذكره الدكتور/عجيل جاسم النشمي، من أنه ورد في المادة (١٠٧) من قانون الجزاء الكويتي: "يعاقب الراشي والوسيط بالعقوبة المقررة للمرتشي، ومع ذلك يعفى الراشي والوسيط من العقوبة إذا أخبرا السلطات بالجريمة، واعترفا بها"، فالمفهوم المخالف: أن الراشي، والوسيط لا يعفى من العقوبة إذا لم يتحقق الشرط، وهو إخبار السلطات، والاعتراف بالجريمة. انظر: [الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، ١٢٨].

على ثلاث سنوات أو بالغرامة من استغل حاجة شخص أو عدم خبرتــه أو طيــشه، فقدم له أو حصل منه على مال أو خدمة لا تتناسب بشكل واضح مع المقابل المــالي لها"، فوصف المال أو الخدمة بأنها غير مناسبة مع المقابل المالي لها يفيد بــالمفهوم المخالف نفي العقوبة إذا كان المال المقدم أو الخدمة تتناسب مع المقابل المالي لها(١).

سادسًا: التطبيق في قاعدة عدم الأخذ بمفهوم اللقب المخالف

من أمثلة مفهوم اللقب الذي لا عبرة به في نصوص القوانين الجنائيَّة: مــا ورد في المادة رقم (١٧١) من نفس القانون من أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين أو بالغرامة كل من تعدى بالقوة أو التهديد على موظف عام أثناء – أو بــسبب – تأديته وظيفته أو خدمته..."، فلا يفهم من نص المادة أن من يعتــدي علــى غيــر الموظف لا يعاقب، عملاً بعدم الاعتداد بمفهوم اللقب المخالف(٢).

---

(١) ومن أمثلة مفهوم الصفة في غير القانون اليمني: ما ذكره الدكتور/ عجيل جاسم النشمي، من أنه ورد في المادة (٢٣٠) من قانون الجزاء الكويتي: أنه "كل من استغل حاجة شخص، أو طيشه، أو هواه، وأقرضه نقودًا بربا فاحش، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة، وبغرامة لا تجاوز ألف روبية، أو بإحدى هاتين العقوبتين"، فوصف الربا بكونه فاحشًا يفيد بالمفهوم المخالف جواز الإقراض في الوصف المذكور، إذا كان الربا غير فاحش. انظر: [الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، ١٢٦].

(٢) ونظير ذلك في غير القانون اليمني: ما ذكره الدكتور/عجيل جاسم النشمي، من أنه ورد في المادة (١٣٥) من قانون الجزاء الكويتي: أن "كل من تعدى على موظف عام أو قاومه بالقوة، أو العنف أثناء تأدية وظيفته، أو بسبب تأديتها، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة واحدة، وبغرامة لا تجاوز ألف روبية، أو بإحدى هاتين العقوبتين"، فلا يفهم من نص المادة أن من يعتدي على غير الموظف لا يعاقب، أخذًا بعدم الاعتداد بمفهوم اللقب. انظر: [الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، ١٣٢].

المبحث السادس

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في القضاء

بعد عرض قواعد دلالات الألفاظ على معانيها عند الأصوليين وعند فقهاء القانون وبعد عرض تطبيقات لتلك القواعد في الفقه والقانون اليمني، يتبين لنا بجلاء أهمية إدراك وفهم هذه الدلالات من الناحية القضائية، فهي تفيد القضاء من عدة أوجه، هي: —

أولاً: أن هذه القواعد تفيد في تفسير القانون كمنطلق لتطبيقه.

من المعلوم أن التشريع الوضعي يرد عادة في مواد مختصرة موجزة، الأمر الذي قد يؤدي في كثير من الحالات إلى صعوبة الوقوف على الحكم، فالقاضي وهو بصدد تطبيق القانون على الحالات المعروضة أمامه تعترضه صعوبات، ولإمكان ذلك التطبيق ينبغي عليه الوقوف على المعنى الحقيقي والنطاق الدقيق للقانون؛ حتى يعرف إمكانية التطبيق، ويتم ذلك عن طريق تفسير القانون بالاستدلال على ما تتضمنه القواعد القانونية من حكم وتحديد المعنى الذي تتضمنه هذه القواعد؛ حتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية[1].

ثانيًا: أن الإفادة من هذه القواعد في القضاء المدني يكون أكثر منه في القضاء الجنائي:

فالقاضي المدني يأخذ بجميع الدلالات اللغوية عند تفسيره القانون لتطبيقه، وله أن يرجع في تفسيره إلى القياس والعرف ومبادئ العدالة[2]، أما القاضي الجنائي

---

(١) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٠.

(٢) المناهج الأصولية. د. محمد فتحي الدريني ١١٨، هامش رقم (١).

فلا يتوسع في استخدام قواعد الدلالات، حيث إنَّ المتَّبَعَ في قانون العقوبات -في الغالب- التَّقيُّد بألفاظ النّصّ القانوني؛ حتى لا يؤدي الخروج عن ألفاظ النص إلى فرْض جرائم وعقوبات لم ينص عليها القانون.

ثالثًا: أن هذه القواعد منهج مفيد في فهم أحكام النُّصوص الشرعيَّة والقانونية

عندما نتحدث عن الإفادة من القواعد الأصولية اللغوية فإننا نقصد ما يتعلق "باستفادة الأحكام من نصوصها"(١)، وقواعد دلالات الألفاظ على معانيها بمنطوق النصّ أو مفهومه هي من جملة تلك القواعد التي تطبق في فهم الأحكام من نصوصها، وذلك بمهارة علماء الشريعة الإسلامية في استثمار قواعد دلالات الألفاظ على معانيها في فهم النُّصوص، واستثمار تلك الأحكام من النُّصوص، واتّخاذهم مناهج لإزالة خفائها وتفسيرها وتأويلها؛ لأن لاقتباس الأحكام من الأدلَّة طرقًا، وهذا الاقتباس هو المقصود من دراسة الأصول، وهو نظر الأصولي(٢)، وهذه الطرق التي تستثمر منها الأدلَّة هي الطرق التي تتعلق بمبحث الدلالات، فالغزالي يقول عن طرق استثمار الأحكام من الدلالات: "طرق الاستثمار: هي وجوه دلالة الأدلَّة، وهي أربعة: إذ الأقوال إمّا أن تدل على الشيء بصيغتها ومنظومها، أو بفحواها ومفهومها، أو باقتضائها وضرورتها، أو بمعقولها ومغناها المستنبط منها"(٣)، ثم يقول عن هذه الطرق بأنها: "عمدة علم الأصول "(٤)، وبأنها: "ميدان سعي المجتهدين في اقتباس الأحكام من أصولها واجتنائها من أغصانها"(٥)؛ لأن النُّصوص الشرعيَّة ليست واردة عبثًا، ولأن التكلم لدى العقلاء بما لا يفيد شيئًا يُعد نقصًا، فكيف بالنُّصوص الشرعيَّة، والله منزه عن ذلك.

---

(١) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٤١.

(٢) المستصفى، للغزالي ١/١٧.

(٣) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٤) السابق، ١/٢٢٣.

(٥) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

وإذا كان علماء الأصول قد درسوا قواعد الدلالات اللفظيَّة، فإن هذا اجتهاد منهم لفهم المراد من النُّصوص الشرعيَّة؛ لأن "دلالات الألفاظ ليست لذواتها، بل هي تابعة لقصد المتكلم وإرادته"[(١)]، ولكل هذه الأمور التي تتجلى فيها أهمية دراسة قواعد دلالات الألفاظ على معانيها فقد اعتبرت هذه القواعد: "من مهمات مباحث الألفاظ"[(٢)]؛ لأن النُّصوص الشرعيَّة هي نصوص عربية، ويحتاج فهمها والاستنباط منها أن يكون المستنبط عالمًا باللسان العربي، مدركًا لدقائق مرامي العبارات فيه ومدى دلالاتها.

وإذا كان للدلالات أهمية بالغة في فهم النُّصوص باعتبارها قواعد يتوصل بمراعاتها إلى فهم الأحكام من النُّصوص الشرعيَّة فهمًا صحيحًا، فإن هذه الأهمية تظهر في نصوص القانون، فهذه القواعد لا تقل في أهميتها في فهم نصوص القانون عنه في الشريعة، فهي "من أهم البحوث التي يقوم عليها استنباط الأحكام في الشريعة والقانون على السواء"[(٣)]، ولأن هذه القواعد – كما يقول عبد الوهاب خلاف ﷺ تعالى: "يتوصل بها أيضًا إلى فهم مواد أي قانون وضع باللغة العربية، لأن مواد القوانين المصوغة باللغة العربية هي مثل النُّصوص الشرعيَّة في أنها جميعها عبارات عربية مكونة من مفردات عربية ومصوغة في الأسلوب العربي، ففهم المعاني والأحكام منها يجب أن يسلك فيه السبيل العربي في فهم العبارات والمفردات والأساليب"[(٤)]؛ إذ ليس من السائغ قانونًا ولا عقلاً أن يسُنّ الشارع قانونًا من القوانين ويطلب من الأمة أن تفهم ألفاظ مواده وعباراتها على مقتضى أساليب وأوضاع لغة أخرى؛ لأن شرط صحة التكليف بالقانون هو قدرة المكلّفين به على فهمه، ولهذا يوضع القانون في الأمة بلسانها وبلغة جمهور أفرادها ليكون في استطاعتهم فهم

---

(١) الإحكام، للآمدي، ١/١٧.

(٢) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٢٦.

(٣) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٢٢١.

(٤) علم أصول الفقه، ١٤١.

الأحكام منه بأساليب الفهم في لغتهم، ولا يكون القانون حجة على الأمة إذا وضع بغير لغتها أو كان طريق فهمه غير طريق فهم اللغة التي وضع بها(١)، قال تعالى: ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَا مِن رَّسُولٍ إِلَّا بِلِسَانِ قَوْمِهِ لِيُبَيِّنَ لَهُمْ ﴾(٢)، ويقول محمد أبو زهرة عن القواعد اللغوية: "إن العلم بهذه القواعد لا يفيد الطالب الإسلامي وحده، بل يفيد طالب القانون؛ لأنها قواعد لتفسير الألفاظ الفقهية واستخراج ما ترمي إليه من ثناياها، فهي قوانين عامة للتفسير، يستفيد منها الفقيه الإسلامي، والفقيه في القانون الوضعي"(٣)، ويقول الدكتور/عجيل النشمي – عن أثر القواعد اللغوية في فهم النصوص القانونية –: "لمّا كانت هذه القواعد الأصولية اللغوية مستمدة من اللغة باستقراء أساليب العربية جُمَلها ومفرداتها وأصبحت طريقًا للوصول للأحكام الشرعيَّة فإنها تصلح في ذات الوقت لفهم النصوص القانونية المصاغة باللفظ العربي؛ لاتحاد الغاية وهي استخراج الأحكام"(٤)، ولكن مع شرف غاية النصوص الشرعيَّة، كونها منزلة عن الله أو عن رسوله.

والخلاصة: أنه يتبع لفهم النصوص القانونية قواعد اللغة العربية التي منها قواعد دلالات الألفاظ على معانيها(٥).

---

(١) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٤١.

(٢) من الآية ٤ من سورة إبراهيم.

(٣) أصول الفقه، ١٠٩.

(٤) الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، ٧٠.

(٥) ولا يقال: إن نصوص بعض القوانين معربة عن بعض القوانين الأجنبية، كالقانون الفرنسي، أو مستمدة منها، وأنه ينبغي أن تُفهَم على ضوء تلك القوانين، فهذا لا يقال؛ لأن فهم نصوص القوانين والمراد منها إنما يستمد من لفظها العربي، ولذلك تطبق قواعد اللغة العربية، وفي هذا الشأن يقول عبد الوهاب خلاف: "ولا يقال إن بعض هذه القوانين معربة عن أصل فرنسي، وواضع هذا الأصل ما عرف أساليب اللغة العربية في الفهم، ولا قصد أن تفهم مواده على وفقها؛ لأننا نقول: إن القانون الذي كلفنا به صيغ باللغة العربية، واعتبر صادرًا عمن يفهم الأساليب العربية، ولا يستقيم التكليف به إلاّ إذا قصد فهمه على وفق أساليب اللغة التي صيغ

رابعًا: أن هذه القواعد تفيد في تحرير الأحكام القضائية وصياغتها صياغة سليمة.

صياغة الأحكام القضائية يسبقها صياغة ما قدّمه الخصوم أثناء التقاضي صياغة دقيقة؛ لأن سلامة ذلك يؤدي إلى اطمئنان القاضي إلى شمول ما قدمه المتقاضون، ليتفرغ بعد ذلك لصياغة أسباب الحكم ومنطوقه، وهذا الذي يقدمه الخصوم إلى القاضي يسمى في العرف القضائي اليمني: بمحصل القضية أو ملخصها[1]،ويقصد به: وقائع القضية من دعوى المدعي، ورد المدعى عليه، وحضور وغياب الخصوم، وأدلتهم، وحججهم، ودفوعهم، وطلباتهم[2]؛ **ولذلك فإن لصياغة وقائع القضية صياغة دقيقة، وصياغة أسباب الحكم ومنطوقه فوائد منها ما يلي:**

١ – أن تحرير وقائع القضية قبل الحكم يفيد القاضي في تتبع تلك الوقائع؛ لتلافي أي قصور في إجراءات التقاضي، وتمكين الخصوم من تقديم ملاحظاتهم على تلك الوقائع، وفي هذا ضمانة كبيرة للخصوم؛ فباطّلاعهم على محصل القضية يتأكدون

بها، ولا عبرة بأساليب اللغة التي نقل عنها، وعلى هذا إذا تعارض النّصّ العربي وأصله الفرنسي ولم يمكن التوفيق بينهما، يعمل بمقتضى النّصّ العربي، لأن الناس لا يكلفون إلاّ بما يفهمون، وهو ما نشر بينهم" انظر: [علم أصول الفقه، ١٤٢]. ويقول الدكتور/عجيل النشمي: "لا يقالّ ههنا: إن نصوص القوانين وإن كان لفظها عربيًا إلاّ أنها في الأصل مستمدة من القوانين الأجنبية أو مترجمة عنها، فتفهم على ضوء تلك القوانين عند التباس المعنى المراد أو إبهامه، فيرجح المعنى الذي يسوق إليه اللفظ الأجنبي، وكذا عند تعارض النصين العربي والأجنبي يرجح النّصّ الأجنبي فيقدم المعنى المراد منه، فلا يقال هذا، ولا يصح التمسك به، فإن فهم النّصوص ومعناها إنما يستمد من لفظها المقروء المتحاكم إليه الذي يدرك معناه من يطبقه ويطبّق عليه، وما دام النّصّ بلفظ عربي فقواعد فهمه إنما تكون تبعًا له" انظر: [الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، ٧٠-٧١].

(١) دليل كتبة المحاكم، للقاضي/ عبد الملك عبد الله الجنداري، ٤٢

(٢) السابق نفسه، نفس الصفحة.

من مدى استيعاب نسخة الحكم لوقائعها التي سيعد القاضي أسباب الحكم ومنطوقه بموجبها، ثم يقدم الخصوم ملاحظاتهم على بيّنة من أمرهم[1].

٢ – أن صياغة وقائع القضية يسهل على القاضي مطالعتها في ضوء تلك الوقائع، والتأكد من صلاحية القضية لإصدار الحكم فيها[2]

أما صياغة أسباب الحكم: والتي يقصد بها: "الأسس والأسانيد القانونية والحيثيات والبواعث الفعلية التي يُبنى ويستند عليها الحكم"[3]، فإن هذه الصياغة تصلح سندًا للحكم وجوابًا من القاضي عن سؤال: لماذا حكمت بكذا؟ فالغاية من صياغة أسباب الحكم هي أن يدرك المطلع سلامة النتيجة التي انتهى إليها القاضي في منطوق حكمه، ولا يمكن أن تتحقق هذه الغاية إلا إذا كان التسبيب محكمًا متقنًا؛ لذا يجب على القاضي عند تسبيب الأحكام مراعاة قواعد الدلالات التي تفيده فيما يلي: –

١ – صياغة أسباب الحكم صياغة موجزة واضحة: فلا تكون صياغته مطولة مملة ولا قصيرة مخلة، بل تكون موجزة بعيدة عن التكرار، وتكون واضحة، فلا يبالغ القاضي في الاختصار إلى الحد الذي يؤدي إلى غموض مراده.

٢ – تسلسل أسباب الأحكام وترابطها: فلا بد على القاضي عند تسبيب الأحكام أن يبدأ بالسبب الأساس – أي الأقوى حجية – ثم الذي يليه، وهكذا، وأن يكون ترتيب الأسباب ترتيبًا منطقيا، بحيث يصل المطلع إلى المنطوق بسلاسة ويسر، مستعينًا في ذلك بعبارات الربط الموجودة في اللغة العربية لضمان تماسك الصياغة، كالتعليل بحيث إنّ، وبما أنّ، ولأن، ولمّا كان، وغير ذلك من الروابط التي تؤدي إلى ربط

---

(١) دليل كتبة المحاكم، للقاضي/ عبد الملك عبد الله الجنداري ، ٤٧.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

(٣) دليل المفتش (التفتيش الدوري)، للقاضي عبد الملك عبد الله الجنداري (الدليل القضائي– ٣–)، إصدار: وزارة العدل، المكتب الفني، الجمهورية اليمنية، المطبعة القضائية، صنعاء، ط١، ١٤٢٧هـ–٢٠٠٦م، ٩٦.

الأسباب ببعضها وعدم اضطرابها وتفككها؛ ممَّا ينجم عن ذلك غموض في الصياغة تؤثر على مضمون الحكم وسوء فهمه(١).

٣ – حسن تضمين النُصوص: إذا استند القاضي في حكمه إلى النُصوص – سواء كانت نصوصًا من كتاب الله العزيز، أو من السنة النبوية، أو من نصوص القانون – فإنه لا بد عليه من تسبيب أحكامه بها؛ لأن النَّصّ الذي يستند إليه القاضي لا يخلو أن يكون برهانًا له على صحة حكمه، أو مرشدًا له إلى منطوق ذلك الحكم، فإذا كان النَّصّ برهانًا له فإنه يجب عليه ذكر النَّصّ محل الاستدلال وبيان وجه الاستدلال؛ لأن النَّصّ في هذه الحالة يكون السند الذي يرتكز عليه الحكم؛ كالحكم بفسخ عقد نكاح زوجة لغيبة الزوج أو لعدم إنفاقه، وكالحكم بتوقيع العقوبة على شخص ما لثبوت اقترافه جريمة ما؛ فالحجة الشرعيَّة أو القانونية تعتبر من أسباب الحكم، لذا لا بد في مثل هذه الأحوال من إيراد النَّصّ محل الاستدلال وبيان وجه الاستدلال به؛ لأن عدم إيراد ذلك يجعل التسبيب قاصرًا، ومثل هذا القصور قد يؤدي إلى بطلان الحكم، كما في الحكم بتوقيع العقوبة على شخص لثبوت اقترافه جريمة ما دون إيراد النَّصّ الدال على التجريم والعقاب؛ لأن الدستور والقانون صريحان في أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص شرعي أو قانوني، لذا لا بد أن يتضمن الحكم نص التجريم والأسباب التي قدرت العقوبة على أساسها، وإلا كان الحكم باطلاً، فالنص هنا يعتبر سندًا للقاضي يجب عليه إيراده أولاً لإثبات أن الفعل المقترف فعلٌ مجرمٌ بنص القانون، ثم بيان وجه الاستدلال من النَّصّ لإثبات انطباق النَّصّ على الفعل المقترف(٢)، أمّا إذا كان النَّصّ مجرد مرشد للقاضي – وهذا يكون غالبًا في النُصوص المتعلِّقة بإجراءات سير الدعوى أو إثباتها، ويراد بها إرشاد القاضي للسير على هداها(٣) – فإن إيراد تلك النُصوص ليس ضروريًا في أسباب الحكم، لأن القاضي استرشد بها في الإجراءات.

---

(١) دليل المفتش، للقاضي عبد الملك عبد الله الجنداري، ٩٨.

(٢) السابق، ٩٩.

(٣) السابق، ١٠٠. وقد يكون تضمين النَّصّ ضروريا–كما إذا اختلف الطرفان حول معنى النص– لأنه لا بد للقاضي من مناقشة الطرفين بشأن النَّصّ والترجيح بينهما [السابق، ١٠٠].

أما صياغة منطوق الحكم: فإن قواعد الدلالات اللغوية تفيد القاضي في هذا الجانب فيما يلي: -

١ - صراحة منطوق اللفظ ووضوحه: لأن الألفاظ تعبر عن معانيها بمنطوقها أو بمفهومها، لذلك لا بد على القاضي من التصريح بمراده، مستخدمًا في صياغة منطوق حكمه الجمل والكلمات والعبارات المعبرة عن معانيها بمنطوقها، متجنبًا المعاني الضمنية في منطوق حكمه[1]، هذا فيما يتعلق بصراحة المنطوق.

وأمّا بالنسبة لوضوح المنطوق: فهو خلوه من الكلمات الغريبة أو الجمل المبهمة، والتعبير عن المراد كاملاً في المنطوق، وبيان المحكوم له أو عليه بالاسم الكامل، لأن الحقائق قد تبينت للقاضي وصار الطرفان محكومًا له ومحكومًا عليه فوجب عليه التعبير عن قناعته بدقة وتحديد المحكوم فيه؛ قدرًا، وصفة، وجنسًا، كما أن صراحة منطوق الحكم ووضوحه يقلل من أية إشكالات أو منازعات أثناء التنفيذ؛ لأن المنطوق الواضح يكون دالاً على معنى الحكم بدقة.

٢ - موافقة منطوق الحكم لأسبابه: لأن منطوق الحكم هو النتيجة التي ينتهي إليها القاضي بناء على المقدمات التي تضمنتها أسباب حكمه؛ لذا لا بد من التوافق بين منطوق الحكم وبين أسبابه[2].

٣ - موافقة منطوق الحكم لبعضه البعض: لأن مخالفة بعض عبارات منطوق الحكم بعضها الآخر يسبب تناقضًا أو تعارضًا أو اضطرابًا في المنطوق[3].

٤ - حسم المنطوق للخصومة: بحيث يكون المنطوق منهيًا للخصومة التي صدر بشأنها[4]؛ لأن الغرض من القضاء هو حسم الخصومات والمنازعات.

---

(١) دليل المفتش، للقاضي عبد الملك عبد الله الجنداري ، ١٠١.

(٢) السابق، ١٠٨.

(٣) السابق، نفس الصفحة.

(٤) السابق، ١٠٩.

٥ – صدور المنطوق وفق قواعد العربية: لأنها اللغة الرسمية للدولة، فلا بد من مراعاة إصدار الأحكام بألفاظ فصيحة، بحيث لا يشتمل الحكم على أية ألفاظ غير فصيحة، وأن يلتزم القاضي في حكمه بالمصطلحات الشرعيَّة والقانونية لكل ما يعرض له من مسمَّيات[1]، وأن يلتزم باستخدام المصطلحات العرفية المتداولة إذا لم يجد لها مسمًّى شرعيًّا أو قانونيًّا، مع الالتزام بسلامة النحو؛ لأن ذلك يجلو الحكم من أية أخطاء لغوية، وعليه أيضًا الالتزام بسلامة البيان؛ لكي يأتي الحكم خاليًا من الحشو والتكرار والاختصار المخل، ويترتب على إهمال قواعد اللغة العربية مؤاخذة القاضي، "فوجود أي خلل في لغة الحكم يؤاخذ عليه القاضي، حتى وإن كان الخلل في مذكرات الخصوم؛ لأن على المحكمة – مراعاة للقانون وقواعد اللغة – تدارك أية أغلاط تشوب تلك المذكرات عند تضمينها نسخة الحكم "[2]

خامسًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في معرفة وجه الاستدلال بمستند الخصوم

القاضي وهو بصدد الفصل في الوقائع المنظورة أمامه يعرض له كثيرٌ من الأدلَّة التي يدلي بها الخصوم، وهذه الأدلَّة قد تكون شفاهًا، وقد تكون كتابةً، وفي كلا الأمرين لا بد من معرفة وجه الاستدلال بتلك الأدلَّة، لأنه لا يكفي الاعتماد على منطوقات المستندات التي يدلي بها الخصوم[3] دون معرفة مفاهيمها؛ ولذلك قال الكرخي: "الأصل أن السائل إذا سئل سؤالا أن لا يجيب على الإطلاق والإرسال، لكن ينظر فيه... ثم يعدل جوابه على ما يخرج إليه هذا السؤال، وهذا الأصل تكثر منفعته؛ لأنه إذا أطلق الكلام، فربما كان سريع الانتقاص؛ لأن اللفظ قلما يجري على عمومه"[4]؛ ومثال ذلك: أنه إذا رفع إلى القاضي أن رجلاً قتل آخر فإن على القاضي

---

(١) دليل المفتش، للقاضي عبد الملك عبد الله الجنداري ، ١١٢.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

(٣) الإدارة القضائية للقاضي/ عبد الملك عبد الله الجنداري ٦١؛ دليل كتبة المحاكم، للمؤلف نفسه ٣٤.

(٤) الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية، ٨٦.

أن يسأل هل القتل عمدًا؟ أو خطأ؟ أو غير ذلك؟ أو بأية آلة؟ وإذا رفع إليه أن رجلاً زنى فإن عليه أن يسأل هل هو محصن؟ أو غير ذلك؟[1].

سادسًا: أن هذه القواعد تفيد الخصوم في الاحتجاج بالنص القانوني أمام القضاء

المفروض أن القاضي – وهو الموكل بتطبيق القانون – أعلم من غيره به، ولكن هذا لا يمنع من قيام المدعي بتقديم نص قانوني معين أو تفسيره كدليل على وجود حقه[2].

سابعًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في فهم وقائع الدعوى المعروضة أمامه وتكوين الاقتناع القضائي لديه

القاضي بشر وهو بحكم طبيعته البشرية الناقصة معرَّضٌ في قضائه للخطأ والصواب، ولكن لمّا كان القضاء يقوم على الظاهر فإنه يتعين على القاضي أن يجتهد لفهم هذا الظاهر، فإن أصاب فله أجران، وإن أخطأ فله أجر، وإذا كان القاضي يلتزم قانونًا ببيان الأسباب التي قادته إلى إصدار حكمه على النحو الذي انتهى إليه وأنه يجب عليه تسطير هذه الأسباب في ورقة الحكم الأصلية بشكل كاف ومنطقي، فإنه يجب عليه قبل هذا التسطير أن يكون قد فهم الواقع والقانون في الدعوى المعروضة عليه فهمًا كافيًا وسائغًا، وهذا يتطلب منه أن يتخذ له عاصمًا يعصمه من سوء الفهم والفساد في الاستدلال والتعسف في الاستنتاج، ويكمن هذا العاصم في قواعد الدلالات التي إذا سار عليها القاضي في مرحلة تكوين اقتناعه فإنه سيترتب عليها ضبط تفكيره وحمايته من الاقتناع المتعجل أو القاصر، فيصل عن طريقها إلى الرأي الصحيح الذي يحسم به الدعوى المعروضة عليه، فإذا كان الحكم القضائي يتكون من النصّ القانوني الذي تخضع له الواقعة، وإثبات الواقعة محل الدعوى، فإنه يترتب على ذلك نتيجة تكون هي حاصل تطبيق القانون على الواقعة، ولكي يأتي هذا

---

(١) شواهد الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية ونظائرها، للنسفي، ٨٦.

(٢) نظرات في الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، ٤٥٠.

الحكم صحيحًا فإنه يجب على القاضي أن يستعين بقواعد الاستدلال الصحيحة التي تفرضها قواعد الدلالات في فهمه للواقعة واستخلاص حقيقتها وفي فهمه السائغ والكافي للأدلّة، واستنباط النتائج الصحيحة منها، ويجب دائما أن تكون المقدمات التي جعلها القاضي الأساس لحكمه – سواء أكان ذلك من حيث الواقع، أم من حيث القانون – مؤدية وفق قواعد العقل إلى النتيجة التي انتهى إليها، بحيث يتحقق الاتساق بين النصّ القانوني وبين إثبات الواقعة وتطبيق القانون عليها(١).

ثامنًا: أن هذه القواعد تفيد في تصحيح الأحكام القضائية.

القضاة بشر، ومن عادة البشر الوقوع في الأخطاء، والقضاء من أدق الأمور وأخطرها، إضافة إلى أنه ضمانة لأفراد المجتمع من تعدي بعضهم على بعض، أيًا كانت صورة هذا التعدي؛ ولذلك وجد ما يسمى بالرقابة القضائية التي تأتي عن طريق نظر هيئات قضائية عليا لأعمال هيئات قضائية أدنى منها، فرادى كانت أم محاكم، فعن طريق هذه الرقابة يمكن تصحيح أو تعديل بعض الأحكام التي قد يتعرض مُصدِّرها لخطأ من الأخطاء، سواء فيما تعلق بالوقائع والإثبات، أو فيما تعلق بتطبيق الأحكام، وبعد هذه الرقابة تبرم الأحكام، أو تنقضها، أو تعدلها(٢)، ولا شك أن الرقابة على الأحكام القضائية لإبرامها، أو نقضها، أو تعديلها، يستلزم دراية كاملة بالقواعد اللغوية، ومعرفة قواعد دلالات الألفاظ على معانيها بمنطوقاتها ومفهوماتها؛ ولذلك لا بد أن يكون قضاة المحاكم العليا أكثر دراية ممن دونهم من القضاة بتلك القواعد.

---

(١) الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائيّة، د. علي حمودة، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، إصدار كلية الحقوق، جامعة حلوان، العدد الأول، يناير–يونيو ١٩٩٩م، ص١٨٩، ١٩٠، ١٩١.

(٢) الإسلام وتقنين الأحكام، د. عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، ٢٣١.

تاسعًا: أن هذه القواعد تفيد في تحديد مدى النَّصّ القانوني

إذا كانت الغاية من تفسير النُّصوص القانونية هي الإحاطة بمضمونها فإن هذا يعني أن التفسير كاشف لبيان حقيقة الحكم في النَّصّ القانوني وتحديد مداه(1)؛ ولذلك فإنه يجوز مد نطاق النَّصّ حتى يشمل أمورًا يبدو للوهلة الأولى أنه لا يتناولها، فالمادة رقم (٢٩٤) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني مثلاً تنص على أن: "السرقة هي أخذ مال منقول مملوك للغير خفية ممَّا يصح تملكه، فإذا وقعت... أوجبت الحد الشرعي للسرقة...وإنْ كانت غير ذلك؛ من الاختلاس، أو النهب، أو السلب، عُزِّر الجاني عليها طبقًا للقانون"، فهل يمتد سريان هذا النَّصّ لتطبيقه على سرقة التيار الكهربائي؟

يرى البعض: أن الغاية من تقرير العقاب على السرقة هي الحفاظ على الأموال المنقولة والمملوكة من السرقة، ولذلك فإن معنى المال المملوك يمتد إلى معنى رحب يشمل التيار الكهربائي ولو أنه طاقة، فيعاقب مختلسه بوصفه سارقا(2)، وفي هذا يقول الدكتور/ أحمد فتحي سرور: "فطالما أن الكهرباء لها كيان مادي يبدو في الأسلاك التي تمر بها فإنه يتصور انتزاع حيازتها عن طريق هذه الأسلاك، أي سرِقتها، والغرض بطبيعة الحال هو الاستيلاء على الكهرباء بغير رضا مالكها، والمالك بحسب الأصل هو المؤسسة العامَّة للكهرباء، وهي تنقل الكهرباء إلى

---

(1) قانون العقوبات؛ القسم العام، د.. عوض محمد، ٩٨؛ المبادئ العامَّة في قانون الإجراءات الجزائيَّة، للمؤلف نفسه، ٦.

(2) الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، د. أحمد فتحي سرور، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ١٩٨٥، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ٧٨٩، قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٩، وقد جزم الدكتور/أحمد فتحي سرور، والدكتور/عوض محمد عوض بأنه قد استقر الرأي في الفقه والقضاء على أن الغاية من تقرير نص المادة (٤٣١١) من قانون العقوبات المصري، التي تنص على أن "كل من اختلس منقولاً، مملوكًا لغيره، فهو سارق"، هي التوسع في صرف المنقول فيه إلى معنى رحب يشمل التيار الكهربائي ولو أنه طاقة، فيعاقب مختلسه بوصفه سارقًا. انظر: [المرجعين السابقين، نفس الصفحات].

مستأجري العدادات، ويتصور سرقة الكهرباء من المؤسسة عن طريق إجراء توصيلة كهربائية ببعض الأسلاك دون موافقتها، وقد تتم سرقة الكهرباء من أحد السكان وذلك بإجراء توصيلة كهربائية ببعض أسلاك إحدى الشقق بعد مرور الكهرباء بعدّاد هذه الشقة ممًا يجعل السارق يختلس الكهرباء التي احتسبها هذا العدّاد على الساكن"[1]، ويقول أيضًا – عن سرقة الخط التلفوني –: "قضت محكمة النقض باعتبار الخط التلفوني مالا منقولاً مملوكًا للغير قابلاً لأن يكون محلاً للسرقة، وذلك باعتبار أن العبرة هي بكل مال (هكذا ولعلها بكل ما له) قيمة، مُمكن تملكه وحيازته ونقله بصرف النظر عن ضآلة قيمته..."[2].

وإذا كان يمكن اعتبار نقل التيار الكهربائي أو غيره من الطاقة سرقة على هذا الرأي، إلا أنه وطبقًا للقانون اليمني يمكن اعتبار هذا اختلاسًا لا سرقة، والاختلاس عقوبته عقوبة تعزيرية، طبقًا للنص القانوني المذكور آنفًا، وعقوبة تعزير السارق في القانون اليمني هي مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات، وهذا ما نصّت عليه المادة رقم (٣٠٠) من قانون الجرائم والعقوبات بقولها: "إذا ارتكب الفاعل جريمة سرقة ولا تتوافر في فعله شروط الحد، أو سقط الحد لأي سبب من أسباب السقوط، إذا لم يصاحب الجريمة إكراه أو تهديد، يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات".

عاشرًا: أن هذه القواعد تفيد في تطبيق النُصوص القانونية تطبيقًا سليمًا وفقًا لما تتضمنه من قيود

إذا كان الاحتياط في النُصوص الشرعيَّة يقتضي أن لا تكون حجة بمفهوم المخالفة إلا بعد البحث وإمعان النظر والتحقق من أن القيد الوارد في النُصّ إنما ورد للتخصيص والاحتراز به عما عداه ولم يرد لحكمة أخرى، أما إذا دلت القرينة على

---

(١) الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص، ٧٨٩.

(٢) السابق، ٧٨٩-٧٩٠.

أنّ القيد ليس للتخصيص ولا للاحتراز، بل ورد جريًا على الغالب، أو لمجرد تفخيم الأمر، أو لأية حكمة يدل عليها سياق النص، فإن النّصّ لا يكون حجة على مفهوم المخالفة فيه، وهذا الاحتياط كما تجب مراعاته في النُّصوص الشرعيَّة تجب مراعاته في نصوص القوانين الوضعية[1]؛ باعتبار أن القوانين تصدر للتشريع، فكان لا بد أن يكون للقيد فائدة في نصوص القوانين.

حادي عشر: أن دلالة تقييد الحكم المعتبر في تشريعه يفيد في إحقاق الحق وإقامة العدل.

القيد المعتبر به في مفهوم المخالفة هو ما ورد لغرض تشريعي، فدلالة القيد على المفهوم المخالف في هذه الحال يتصل في واقع الأمر بتحقيق العدل؛ إذ ليس من العدل في نظر الإسلام ممارسة الحق على الإطلاق دون قيود، وإذا كان للتقييد فائدة تشريعية فإن دلالته على المفهوم المخالف حجة لتوثيق مبدأ العدل في الإسلام الذي هو المقصد الأساسي والذي تتجه إلى تحقيقه التشريعات، فتقييد الأحكام ببعض الظروف والأحوال أمر ييسر على الناس تعاملاتهم، كما أنه ليس من المجدي في التعامل ممارسة الحق في جميع الظروف، أو إطلاق سلطات صاحبه في جميع الحالات، والعدل يقتضي تفصيل أحكام الحالات المختلفة بإعطاء كل حالة حكمها منطوقًا ومفهومًا[2]، هذا إذا كان التقييد لغرض تشريعي، أما إذا ثبت بالاجتهاد أن للشارع غرضًا آخر من التقييد سوى بيان التشريع كأن يكون تشريعًا خاصًا بحالة بعينها – كما سبق – فإن القيد لا مفهوم له، فذكره وعدمه حينئذ سواء، إذ لا علاقة له بتشريع الحكم، ولا وجه لدلالة القيد على المفهوم المخالف حينئذ؛ لأن فائدة القيد ليست بيان التشريع، أما إذا لم يكن للقيد من فائدة سوى بيان التشريع فإن دلالة القيد على المفهوم المخالف حجة؛ لأن المقام بيان شرع، وما دام المقام بيان شرع فإن

---

(١) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٦٠؛ تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية د. محمد صبري السعدي، ٥٤٩.

(٢) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣١٩، ٣٢١.

الشرع إذا أورد نصًا مقيدًا حكمه بقيد من صفة، أو شرط، أو غاية، أو عدد، فإن معنى ذلك أن الشارع قد جعل هذا القيد معتبرًا في تشريع الحكم وأساسًا له بما استهدف في تشريعه من غرض تشريعي صحيح.

وما دامت قواعد الأصول مناهج يتوصل بها إلى دلالات التشريع ومفاهيمه، فإن تلك القيود تفيد كمنهج في توجيه القاضي وتسديد خطاه إلى ما يحقق حكمة التشريع وإلى تجسيد مبدأ العدل والمصلحة، فالمنطق التشريعي يقضي بالأخذ بمفهوم المخالفة، تحصيلاً للمصالح المستوفاة من تشريع الحكم في كافة محالّ علته تحقيقًا للعدل[١]، ولا يقتصر هذا على مفهوم المخالفة، بل إن قواعد الدلالات جميعًا تفيد في فهم مقاصد القانون، وكما يقول أبو زهرة: "فإنه في كثير من الأحيان يُشكل اللفظ ويستغلق، ويحتاج الفقه والقضاء إلى الرجوع إلى مقاصد القانون والبواعث عليه من الأعمال التحضيرية ليزول الإغلاق، أو إلى المصدر التاريخي ليتعرف المراد، وذلك بالتنسيق بين الأصل والفرع، وأن تعرف مرامي القانون من المواد المختلفة للقانون والتنسيق الفكري بينها، وقد تكون إزالة الإشكال بتطبيق ما يكون أقرب إلى الحق والعدل في ذاته إذا كان اللفظ يحتمله"[٢].

ثاني عشر: أن دلالة تقييد الحكم المعتبر في التشريع يفيد في تحديد مجال تطبيق الحكم.

حقيقة القيد الوارد في تشريع الحكم أنه "حالة للحكم، أو ظرف من ظروفه، أو شرط مقارن لعلته"[٣]، فالقيد يبين حالة الحكم، أو ظرفه، أو عدده، أو غايته، أو شرطه، بمعنى: أن ورود القيد يجعل من شرط تطبيق الحكم تحقيق وجود القيد، وهذا يعني أنه عند تطبيق النصّ فإنه ينظر إلى القيد، حيث يحدد مجال تطبيق الحكم

---

(١) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني ، ٣١٤،٣١٥.

(٢) أصول الفقه، ١٢١.

(٣) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٣٧.

فيجعله قاصرًا على تلك الحالة التي حددها القيد دون سواها من الحالات، وذلك لأن المشرع رأى أن تطبيق الحكم في غير الحالة التي نص عليها أو قيد بها لا يؤتي الثمرة المرجوة، بل قد يجافي المصلحة والعدل، أو يهدر مقصدًا من المقاصد التي اعتبرها المشرع مدارًا للتشريع[1]، ويتضح هذا من خلال مفاهيم المخالفة؛ كمفهوم الغاية، ومفهوم الشرط، ذلك أن النصّ المقيّد بالغاية أو الشرط يدل على تقييد الحكم بغاية ينتهي إليها أو تقييده بشرط، ويدل مفهومه المخالف على ثبوت نقيض الحكم عند انتفاء الغاية أو الشرط فالتقييد بأحد تلك القيود تحديد لمجال تطبيق الحكم، فيكون قاصرًا على الحالة التي ذكرها القيد.

فمثال الإفادة من مفهوم المخالفة بالغاية في تحديد مجال غاية النَّصّ القانوني: ما نصَّت عليه المادة رقم (١٢) من قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني – المعدلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة – من أنه: "يجوز للرجل تعدد الزوجات إلى أربع.."، فهذا النَّصّ يدل على أن مجال الحكم وهو التعدد محدد بغاية ينتهي إليها وهي أربع زوجات، ويدل مفهومه المخالف على نقيض الحكم عند انتهاء الغاية، وهو أنه لا يجوز تعدد الزوجات فوق أربع، فمفهوم المخالفة بالغاية يعتد به في تحديد مجال الحكم من حيث الغاية[2]، كما أنه يعتد به أيضًا في تحديد غاية تطبيق القانون، حيث يرد في كثير من القوانين: أنه يعمل بهذا القانون إلى أن يصدر ما يخالفه[3].

ومثال الإفادة من مفهوم المخالفة بالشرط في تحديد مجال الشرط في النَّصّ القانوني: ما نصَّت عليه المادة رقم (١٩) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م، بشأن

---

(١) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني ، ٣٣٧،٣٣٨.

(٢) الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، د. عجيل جاسم النشمي، ١٣٠.

(٣) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٦١؛ أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ١٤٣.

الأحوال الشخصية من أنه: "يعتبر الولي عاضلاً إذا امتنع عن تزويج المرأة وهي بالغة عاقلة راضية من كفء، إلا أن يكون ذلك منه تريثًا للتعرف على حال الخاطب، على أن لا تزيد مدة التريث على شهر"، فمفهوم المخالفة من نص: "يعتبر الولي عاضلاً إذا امتنع عن تزويج المرأة وهي بالغة عاقلة راضية، من كفء... "مفهومه أن الشرط في عضل الولي: هو امتناعه عن تزويج المرأة وهي بالغة عاقلة راضية بكفء، فإذا فقد هذا الشرط وهو عدم امتناعه من تزويجها بكفء فإنه ليس عاضلاً، كما يفهم من النصّ أيضًا أنه إذا لم تكن المرأة عاقلة بالغة ولم يكن خاطبها كفئًا فإن الولي لا يعد عاضلاً.

ثالث عشر: أن دلالة تقييد الحكم المعتبر في التشريع يفيد في تحديد مقدار ما يتعلق به

القيد الوارد في النصّ الشرعي أو القانوني إذا كان معتبرًا في تشريع الحكم فإنه يكون ذا أثر في تحديد مقداره، وهذا يظهر في مفهوم العدد، حيث يدل النصّ الذي قيد الحكم فيه بعدد معين على ثبوت نقيضه عند انتفاء العدد زيادة أو نقصًا، وأغلب ما يكون ذلك في المقدرات - كالعقوبات، وفرائض الإرث[1] - فالتقدير بالعدد يفيد في تحديد مقدار الحكم وتحديده بالمعدود وتطبيقه بهذا العدد دون زيادة أو نقصان.

كما أن مفهوم المخالفة بالعدد يفيد في تحديد المدد التي يحكم فيها في الدعاوى[2]، ومثال ذلك: ما نصّت عليه المادة رقم (١٥٦) من قانون الأحوال

---

(١) المناهج الأصولية، د. محمد فتحي الدريني، ٣٦٢.

(٢) أصول الفقه، لأبي زهرة، ١٤٤؛ الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، د. عجيل النشمي، ١٢٨، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، ٥٤٠؛ دليل الخطاب وأثر الاختلاف فيه في الفقه والقانون، د. عبد السلام أحمد راجح، ٢٤٦.

الشخصيَّة رقم(٢٠) لسنة ١٩٩٢م، من أنه: "لا يحكم للزوجة بأكثر من نفقة سنة سابقة على المطالبة القضائية، ما لم يتفق الزوجان على ذلك"، فمنطوق النَّصّ يدل على عدم الحكم بأكثر من نفقة سنة سابقة من تاريخ المطالبة القضائية إذا لم يتفق الزوجان على خلاف ذلك، ومفهومه المخالف يدل على جواز الحكم للزوجة بنفقة سنة أو أقل من سنة سابقة على المطالبة القضائية، ما لم يتفق الزوجان على خلاف ذلك، ويدل مفهومه المخالف أيضًا: على أنه يجوز الحكم للزوجة بأكثر من نفقة سنة سابقة على المطالبة القضائية إذا اتفق الزوجان على ذلك.

كما أن مفهوم المخالفة يفيد في تحديد المدد التي يمتنع فيها تنفيذ بعض العقوبات، وهذا هو ما يسمى: بالتقادم، الذي يقصد به: "مضي فترة معينة من الزمن على الحكم بالعقوبة دون أن تنفذ، فيمتنع بمضي هذه الفترة تنفيذ العقوبة"[1] والتقادم، أو (مضي المدة) هو نظام إجرائي، وهو من أسباب انقضاء العقوبات في التشريعات الجنائيَّة[2]، حيث يحدد القانون مضي فترة من الزمن تبدأ من تاريخ الحكم بالعقوبة دون أن تنفذ، ومثال ذلك: ما جاء في نص المادة رقم (٥٣٢) من قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني من أنه: "إذا كانت العقوبة بالغرامة يسقط الحق في تنفيذها بمضي سنتين ".

كما أن مفهوم العدد يفيد القاضي في الاختيار الصحيح لكم العقوبة المنصوص عليها دون زيادة أو نقصان، فلذلك يجب عليه اختيار كَمّ العقوبة المتَّفق مع مضمون النَّصّ القانوني الذي يريد تطبيقه، ولكي يأتي هذا التطبيق صحيحًا فإنه يجب عليه الرجوع إلى النَّصّ القانوني قبل تطبيق مضمونه، فالرجوع إلى النَّصّ

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ٧٧٨/١.

(٢) القاعدة الجنائيَّة علي بياض، د. عصام عفيفي، ٧٨؛ الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ٧٢.

القانوني يذكره بالواقعة التي فصل فيها، وبالتكييف القانوني الذي انزله عليها ويجعله على بينة بالعقوبة[1].

(١) الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجزائيّة، د. علي حمودة، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، إصدار كلية الحقوق، -جامعة حلوان، العدد الأول، يناير-يونيو، ١٩٩٩م، ٣٤٣.

المبحث السابع

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقها ومفهومها في التشريع

أولاً: أن هذه القواعد تفيد في إصدار القوانين سالمة من العيوب والخلل في نصوصها قدر الإمكان.

وتوضيح ذلك: أن قواعد الدلالات تفيد في ضبط النَّصّ القانوني أثناء التشريع، وهذا يعني أنه لا بد من حسن صياغة مواد القانون بأسلوب دقيق؛ لأن لأسلوب التقنين أهميته في كيفية صياغة أحكام مواد القانون واختيارها بطريقة تكون أكثر اتفاقا مع أحكام الشريعة، وفي تلافي الأخطاء في وضع التقنين وتطبيقه[1]؛ كما أن وضوح النصوص القانونية يكفل حسن تطبيقها، ويكون المخاطبون بها على علم حقيقي بمحتواها؛ إضافة إلى أن القوانين كلما كانت في عبارات واضحة وفي مواد متسلسلة كلما سهل على القاضي والباحث والدارس الإلمام والعلم بها، فضلاً عن يسر وسهولة علم العامَّة بها.

ومما تجدر الإشارة إليه أن فقهاء القانون لا ينكرون الأخطاء المترتبة على عدم فهم قواعد اللغة أثناء صياغة القانون، فنراهم يستخدمون مصطلح: "النص المعيب"[2]، ونراهم يقولون: "يكون النَّصّ معيبًا إذا انطوى على خطأ قانوني، أو خطأ مادي، والخطأ القانوني هو ما يقع من اضطراب فنيّ قانوني في حكم النَّصّ بغير قصد، وتدل على وجوده القواعد العامَّة، وهي الوسيلة التي يلجأ إليها لتصحيحه على هدْي منها، أما الخطأ المادي فهو الذي يقع بإحلال لفظ محل لفظ في النص،

---

(١) الإسلام وتقنين الأحكام، د.عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، ٢٩٠.

(٢) النظام الجنائي، د.عبد الفتاح خضر، ٩١/١.

أو بإغفال لفظ كان يجب ذكره[1]، ونراهم يستخدمون أيضًا مصطلح: "النقص"[2] في النَّصّ القانوني، ويقولون عنه: إن "النقص يأتي من إغفال لفظ في النَّصّ لا يستقيم الحكم بدونه"[3]؛ ولهذه الأسباب وغيرها فإن التطبيق السليم للقانون يتطلب صياغته صياغة دقيقة محكمة، وهذه الصياغة لا بد فيها من إعمال قواعد الدلالات اللغوية الأصولية وفهمها من قبل الهيئات التي تقوم بتشريع القوانين؛ ولذلك فإنه يكون من المتعين عند صياغة النُّصوص القانونية تقصي الدقة في لفظ النَّصّ ومفهومه.

ومما يترتب على حسن صياغة القانون: التناسق بين النُّصوص القانونية، وذلك بترتيبها، بحيث يكمل بعضها بعضًا، ويندفع ما قد يقع بينها من تعارض[4]، وهذا لا يتم إلا بانتقاء عبارات دقيقة تدل على معانيها وعلى المراد من أحكام القانون، فإذا ما انتهت مرحلة إيجاد القانون في مواد محكمة الصياغة فإن مرحلة أخرى تبدأ هي مرحلة تطبيقه.

ولكن لا بد من عرض بعض النُّصوص القانونية المشتملة على سوء الصياغة، بعد معرفة مدلوله؛ لنصل إلى بعض المقترحات التي تؤدي إلى تَجَنُّب سوء صياغة القانون، وذلك على النحو التالي: –

١ – معنى سوء الصياغة القانونية

يقصد بسوء صياغة النَّصّ القانوني: اشتماله على عيوب في صياغته، وذلك باستخدام ألفاظ غير دقيقة، أو ألفاظ غريبة، أو بتكرار الألفاظ، أو بالتناقض

---

(١) النظام الجنائي، د.عبد الفتاح خضر، ١/٩١.

(٢) المدخل للعلوم القانونية، د.توفيق حسن فرج، ٢٢٤.

(٣) السابق، نفس الصفحة.

(٤) تطوير القانون الجنائي طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، د.محمد عبد الشافي إسماعيل، ٤٧، ٤٨.

الذي يعتور بعض نصوص القانون[1]؛ ولذلك فإن من صور سوء الصياغة: الأخطاء اللغوية والأخطاء المادية الناشئة عن سقوط كلمة في النصّ لا يستقيم المعنى بدونها[2]، ومن الأسباب التي ترجع إليها عيوب الصياغة التشريعيَّة: عدم تمرس القائمين بصياغة التشريعات على إعداد وصياغة النصوص، والتسرع في تلك الصياغة، والنقل غير الواعي عن القوانين الأجنبية، وقيام غير المتخصصين بأعمال الصياغة القانونية[3]؛ لأن الصياغة فن يجيده المتخصصون فيه[4]، وتعد هذه الأسباب مظاهر متعددة لمسلمة النقص البشري، وعدم قدرة البشر - أيًا كان - على بلوغ الكمال، فالخطأ والسهو والنقص وما إليها كلها عيوب بشرية ملازمة للذات الإنسانية

٢ - أمثلة لبعض النصوص القانونية المشتملة على سوء الصياغة

أ - من أمثلة سوء الصياغة في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني: ما نصَّت عليه المادة الثانية من قانون الإجراءات الجزائيَّة في تعريف مصطلح: "من يقوم مقامه قانونًا"، حيث عرفت ذلك بقولها: "يقصد به: الولي، أو الوصي، أو المنصب عن غيره... "، وموطن الخطأ اللغوي في عبارة النصّ هنا، هو استعمال كلمة: "المنصب"، ولا شك أن صحة اللفظ هو "أو المنصوب عن غيره ".

ب - ومن أمثلة سوء الصياغة في قانون الجرائم والعقوبات اليمني: ما نصَّت عليه المادة رقم (٢٣٢) من أنه: " إذا قتل الزوج زوجته هي ومن يزني بها حال تلبسهما بالزنى، أو اعتدى عليها اعتداءً أفضى إلى موت أو عاهة، فلا قصاص في ذلك، وإنما يعزر الزوج بالحبس مدة لا تزيد على سنة، أو بالغرامة، ويسري ذات الحكم على من فاجأ إحدى أصوله، أو فروعه، أو أخواته، متلبسة بجريمة الزنى"، وموطن

---

(١) مشروع قانون العقوبات الإسلامي، د.محمد أبو العلا عقيدة، ١٧٨؛ تطوير القانون الجنائي طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، د.محمد عبد الشافي إسماعيل، ٥٦، ٥٧، ٥٩.

(٢) تطوير القانون الجنائي طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، د.محمد عبد الشافي إسماعيل، ٥٩، ٦١

(٣) السابق، ٥٧.

(٤) مشروع قانون العقوبات الإسلامي، د.محمد أبو العلا عقيدة، ١٨٥.

الخطأ في النص، هو في عبارة "من فاجأ إحدى أصوله، أو فروعه، أو أخواته، متلبسة بجريمة الزنى"، فهذه الصياغة تفيد أن المفاجأة تكون لإحدى الأصول، أو الفروع، أو الأخوات، وليس للرجل المسئول عن هذه المحارم، وهذا غير دقيق؛ لأن ضبط إحدى المحارم هو مفاجأة لها في كل حال، أما بالنسبة للرجل المسئول عن إحدى محارمه فإن ذلك قد يكون مفاجأة له، وقد لا يكون كذلك، ومن ثَمَّ كان الأدق أن يستعمل المشرع عبارة: "من فوجئ بإحدى أصوله، أو فروعه، أو أخواته، متلبسة بجريمة الزنى"، فهذا هو الذي يتفق مع حكمة تشريع النَّصّ المتمثلة في إعذار الرجل في هذه الأحوال(١)، فهذه من أمثلة سوء صياغة النص القانوني.

٣- بعض الموجهات المقترحة لتلافي سوء الصياغة القانونية

من الموجهات المقترحة للوصول بالصياغة القانونية إلى المستوى الأمثل من حيث الدقة والضبط والوضوح ما يلي: -

أ - أن تكون صياغة النَّصّ محددة ومبسطة.

ب - أن تكون الألفاظ والعبارات المستعملة في صياغة النَّصّ ذات مدلولات واضحة ما أمكن؛ للتقليل من فرص الاختلاف حول تفسير النُّصوص.

ج - أن تصاغ النُّصوص بلغة الحقيقة، والواقع دون لغة المجاز والافتراض.

د - أن تستعمل في صياغة النُّصوص لغة يفهمها شخصٌ متوسطُ الذَّكاء.

هـ - أن لا تكون الصياغة القانونية ذات طبيعة جدلية أو مثيرة للخلاف في معناها.

و - أن تكون النتائج العملية المترتبة على النَّصّ واضحة لمن يقرؤه، ولا يجوز أن يكون النَّصّ مخالفًا للمنطق الواضح، أو للعدالة، أو لطبائع الأشياء(٢).

ز - مراجعة الصياغة؛ لتلافي أوجه القصور؛ لأن الصياغة التشريعيّة فن يجيده

---

(١) تطوير القانوني الجنائي الإسلامي طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، د.محمد عبد الشافي إسماعيل، ٦٢.

(٢) السابق، ٨٥.

المتخصصون فيه، ولأن حسن الصياغة لازمة لحسن تطبيق القانون، ولسهولة فهمه من المخاطبين به.

ح - أن يعرض أي قانون على لجان متخصصة من رجال القانون ورجال الاقتصاد ورجال الاجتماع؛ لأن القانون هو انعكاس للأوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعيّة والأخلاقية، السائدة في مجتمع ما، فيجب بالتالي أن يعرض على المختصين في كل هذه النواحي؛ حتى يعبر تعبيرًا صادقًا عن ظروف المجتمع واحتياجاته.

ط - تكوين هيئة تشريعية عليا، يكون من بين أعضائها الشرعيون والقانونيون والمختصون في فروع الاجتماع والاقتصاد، وتكون مهمة هذه اللجنة مراجعة أي تشريع يصدر؛ لكي تتأكد من عدم مخالفته للشريعة الإسلامية.

ي - أنه يجب على الدولة إعداد دورات تدريبية للقضاة وأعضاء النيابة؛ لدراسة واستيعاب التشريعات الإسلامية، كما يجب زيادة عقد الندوات والمؤتمرات التي يلتقي فيها أساتذة القانون، وأساتذة الشريعة الإسلامية، وأساتذة اللغة العربية؛ لأن تبادل الآراء فيما بينهم ستكون فائدته للتشريع أمرًا لا شك فيه، ولا بد من نشر هذه المؤتمرات لتعم الفائدة جميع الباحثين في مجال الدراسات الشرعيّة والقانونية[1].

ك - وإضافة إلى هذا كله فإن البحث يقترح تطوير الدراسات في كليّات الحقوق، وكليّات الشريعة والقانون، وذلك بإنشاء قسم خاص يسمى: "قسم صياغة التشريعات" على غرار أقسام فروع القانون المختلفة، وتزويد المنتسبين إليه بدراسة القواعد الأصولية والفقهية واللغوية، واستمرار عقد الدورات والندوات لهؤلاء بعد تخرجهم، بحيث تكون صياغتهم للتشريعات صياغة سليمة إذا ما أسند إليهم ذلك، ثم تعرض هذه الصياغة بعد ذلك على الهيئة التشريعيّة العليا.

ولاشك أن حسن صياغة القانون يترتب عليه تسهيل تفسيره، فالنصوص

---

(١) مشروع قانون العقوبات الإسلامي، د. محمد أبو العلا عقيدة، ١٥٨،١٨٦،١٩٣،١٩٧.

القانونية الخاصة بالتجريم والعقاب – على سبيل المثال – هي تعبير عن مصالح اجتماعيّة متطورة، والوصول إلى المراد منها يفترض أولاً الاعتماد على ألفاظ النصّ لاستجلاء قصد المشرع واستخراج علة النص، فالتعويل على المنهج المنطقي يسهل تحديد معنى الألفاظ التي استعملها المشرع، فإذا كانت الألفاظ واضحة الدّلالة كانت مهمة التفسير سهلة، أما إذا كانت الألفاظ غير واضحة الدّلالة ويشوبها الغموض فلا بد عندئذ من الاعتماد على ضوابط التفسير المنطقي[1]، كما يترتب على حسن صياغة القانون أيضًا: سلامة تطبيقه؛ لأن القاضي – وهو بصدد تطبيق القانون – يصل بقواعد الدلالات إلى حقيقة قصد المشرع عند وضعه للنص القانوني، أي: أنه يكون من المتعين تطبيقه على كل حالة تنطبق فيها من حيث لفظه أو فحواه، كما أن تقصي روح النّصّ وفحواه والكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالته بطرق التفسير المختلفة يعين على الوقوف على حقيقة قصد المشرع عند وضع النص، مع مراعاة أثر الظروف الاجتماعيّة في تحديد نطاق النّصّ ومراميه من ناحية أخرى[2]، وبناءً على ذلك فإنه لا بد من أن يكون صائغو القوانين على دراية تامة بقواعد الدلالات اللغوية، من أجل سلامة منطوقات النّصوص القانونية ومفهوماتها، وتلافيا للآثار السلبية المترتبة على عدم فهم القواعد الأصولية اللغوية التي من أبرزها النقص بسبب إغفال لفظ في النّصّ القانوني[3]؛ ولهذا فإن قواعد الدلالات تعتبر وسائل

---

(١) الشرعيّة الجنائيّة كضمان لحماية الحرية الفردية، دراسة في التشريع الأردني، د.نظام توفيق المجالي، مجلة الحقوق، السنة الثانية والعشرون، العدد الرابع، رمضان ١٤١٩هـ- ديسمبر، ١٩٩٨، تصدر عن مجلس النشر في جامعة الكويت، ١٩٩.

(٢) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢١٦،٢١٧.

(٣) المدخل للعلوم القانونية، د. توفيق حسن فرج، ٢٢٤. ويمثل فقهاء القانون المصري لذلك بقولهم: "إن المادة (١٥١) مدني قديم، كانت تنص على أن "كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر"، فالمشرع في هذا النّصّ لم يقصد أن يرتب الالتزام بالتعويض على كل فعل نشأ عنه ضرر، سواء كان هذا الفعل خطأ أم لم يكن، ولكنه قصد الفعل الخاطئ، ولو أنه أغفل الإشارة إلى اشتراط الخطأ، مع أن النّصّ الفرنسي للمادة كان يذكره، كما أن

ضابطة لطرق فهم النصوص القانونية، كما هو الشأن في النصوص الشرعيَّة[١].

ثانيًا: أن هذه القواعد تفيد في حسن صياغة المذكرات الإيضاحية للقوانين.

كما أن للقواعد الأصولية اللغوية أهميتها في سلامة صياغة القوانين فإن لها أهميتها في صياغة المذكرات الإيضاحية لتلك القوانين أيضًا، وفي هذا يقول محمد أبو زهرة ﷺ تعالى في معرض شرحه لمعاني الألفاظ: "وهي تنقسم ابتداء إلى قسمين: ألفاظ بيِّنة الدلالة واضحة لا تحتاج إلى بيان ويمكن قيام التكليف بمقتضاها، وألفاظ أخرى ليست لها هذه الخاصَّة من الوضوح، وأن ذلك يجري في ألفاظ القوانين الوضعية كما يجري في النصوص القرآنية والأحاديث النبوية، ولذلك اقترنت تلك القوانين بالمذكرات التفسيرية: تحرر المقاصد، وتوضح ما عساه أن يكون مغلقًا من العبارات أو الاصطلاحات الجديدة التي أتى بها القانون"[٢].

ومما ينبغي ملاحظته في تفسير القانون أن تفسير النصوص وفهمها لا يتأتى لكل أحد، بل يكون ذلك مقتصرًا على الفقيه؛ لأن الاجتهاد في التفسير هو نوع من الاجتهاد الذي يقوم به الباحث لتبين معنى النصّ، وفقه المراد منه، واستنباط الأحكام للوقائع الجديدة في حالة عدم وجود النصّ، وذلك بما نصب الشارع من أمارات للدلالة على الأحكام[٣]، فالاجتهاد في حالة وجود النصّ يقوم على تفهم معنى النصّ والكشف عن مرامي ألفاظه ومدلولاتها في حدود الأصول اللغوية والتشريعيَّة[٤].

القانون الحالي قد راعى ذلك أيضًا، فنص على أن كل خطأ سبب ضررًا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض" [نفسه، ٢٢٤].

(١) أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ١٢٩.

(٢) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)، ١٨٥.

(٣) وذلك كالمصالح المرسلة، وسد الذرائع.

(٤) تفسير النصوص في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة- د.محمد أديب صالح، ٣٨، ٤٠، ٤١.

ومن هنا فإن قواعد دلالة الألفاظ على المعاني تتيح المجال لاستنباط الأحكام من النصوص، وفهم المقاصد التشريعيّة من خلالها، ووجه ذلك: أن دلالة الألفاظ على المعاني ليست مقتصرة على طريق العبارة فحسب بحيث لا تحتاج إلى اجتهاد في إدراكها، بل قد تحتاج الدّلالة إلى اجتهاد في إدراكها؛ مثل دلالة إشارة النصّ التي فيها نوع خفاء لا يدرك إلا بالبحث والتأمل، وقد كان لعلمائنا مجال في ميدان الاستنباط من طريق هذه الدّلالة، حيث ظهر ذلك جليًا في الأحكام التي كان مأخذها إشارة النص، وليس ذلك فحسب، فإن النصّ يدل بمقتضاه أيضًا بحيث تتوقف في بعض الحالات صحة الكلام العقلية أو الشرعيّة على مقتضى لا بد من تقديره على ضوء الاجتهاد والبحث، فالحاجة للاجتهاد في مثل هذه الحال واضحة، وإذا انتقلنا إلى دلالة اللفظ بمنطوقه ومفهومه – على النحو الذي أسلفنا – فإنه يتبين لنا أن تلك القواعد موضع اجتهاد أيضًا، فالعلماء اجتهدوا في معرفة الحكم من طريق مفهوم الموافقة، فاللفظ قد يدل على حكم للمسكوت لاشتراكه مع المنطوق بعِلّة تدرك بمجرد فهم اللغة، ولكن الحكم في نوع هذه الدّلالة هو موضع اجتهاد من قِبَل العلماء، فمنهم من رأى أنها دلالة لفظيّة، ومنهم من رأى أنها دلالة قياسية، وهكذا فإن تشعب دلالة اللفظ على المعنى وتنوع هذه الدلالات يجعل الحاجة ماسة إليها للاجتهاد في التفسير[1].

وعلى أية حال فإن قواعد دلالات الألفاظ على معانيها قد أتاحت سُبل الإفادة منها أمام رجال الفقه والقانون، ويرى الباحث من خلال المراجع المذكورة سلفًا أن كبار رجال القانون في العالم العربي خطَوا أشواطًا واسعة في إبراز مجموعة من قواعد التفسير التي ذكرها علماء الأصول، وإعطائها ما تستحق من العناية، ممّا يسهل الإفادة منها، وإمكان استخدامها في تفسير النُصوص القانونية[2]،

---

(١) تفسير النُصوص في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة- د.محمد أديب صالح ، ٤٤، ٤٥.

(٢) انظر على سبيل المثال: [كتاب تفسير النُصوص في القانون والشريعة الإسلامية، د. محمد صبري السعدي، حيث نرى المؤلف ذكر قواعد الدلالات التي ذكرها الأصوليين في حيز كبير من كتابه]. وانظر أيضًا: [التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، لعبد القادر عودة،

كما أن القارئ سيرى بعضًا من النماذج القضائية التي تدل على الإفادة من قواعد الدلالات، والتي بنيّت كثير من تلك الأحكام القضائية على أساس من الفهم لتلك القواعد[1].

هذه هي القواعد العامّة اللغوية التي وضعها الفقهاء للاهتداء بها في تفسير النصوص، فعلى القاضي أن يستعين بها في تفهمه للنصوص، ومعرفة مراميها وما يدخل تحتها، كما أن هذه القواعد تعينه على معرفة النصّ الواجب التطبيق، ومعرفة مدى سلطته في تفسير النص، أو إعماله، أو إبطاله، وإذا كان للقاضي المدني أن يطبق هذه القواعد بتوسع وأن يجعل للعرف والعدالة وغير ذلك من الاعتبارات مكانًا عند تفسير النصّ وتطبيقه، فإنّ القاضي الجنائي مقيد بأن يحصر اجتهاده في تفسير النصّ وتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه، فليس له أن يخلق جريمة أو عقوبة من طريق العرف مثلاً، وليس له أن يخالف النصّ الصريح مهما كانت الظروف والاعتبارات[2].

وأخيرًا: فان أهمية إدراك وفهم قواعد الدلالات اللغوية يتطلب دراستها كثيرًا، لا لأجل الدراسة اللغوية والأصولية في حد ذاتها، بل لما لتلك القواعد من فوائد في التشريع والقضاء؛ ولذلك فإن البحث يؤيد ما قاله أحد الباحثين من: "أن القدر الذي يدرسه طالب القانون في كليّاته لا يتناسب وأهمية هذا المبحث، فإنه لا يغطي القدر الكافي في استيفائه؛ ولعلّ في ذلك مدعاة إلى إعادة النظر في مناهج الدراسات الشرعيّة، وأصول الفقه على وجه الخصوص؛ من أجل توثيق الصلة بهذا العلم،

حيث نرى المؤلف عند الحديث عن مصادر التشريع الجنائي في الشريعة يثبت قواعدها في التفسير، ممّا يشعر بالمنهجية في أخذ الأحكام من النصوص، والضبط في رد الفروع إلى الأصول.

(١) انظر التطبيقات القضائية التي سترد في الباب الخامس التطبيقي من بحثنا هذا.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، لعبد القادر عوده، ٢٠٧/١.

وتقديم العون لسلامة منطوقات ومفهومات الأحكام"[1]، كما أن قواعد الدلالات اللغوية لمّا كانت قواعد موضوعية للاستنباط فإن الفقيه لو اتبعها لسلم من الخطأ في الاستنباط، ولتَعَرّف بها على مقاصد الشريعة من النُصوص[2].

(١) الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون، د. عجيل جاسم النشمي، ١٣٣.

(٢) أصول الفقه، محمد أبو زهرة، ١٠٨.

الباب الثالث

بعض القواعد الأصولية والفقهية الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالرأي والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن

ويشتمل على: -

تمهيـــــــــد: معنى الاجتهاد بالرأي.

الفـــــصل الأول: قواعد أصولية وفقهية كاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالعرف والعادة والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الفـــصل الثـــاني: قواعد أصولية وفقهية كاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

تمهيد

معنى الاجتهاد بالرأي

الاجتهاد "هو عبارة عن بذل المجهود واستفراغ الوسع في فعل من الأفعال، ولا يستعمل إلا فيما فيه كلفة وجهد، فيقال: اجتهد في حمل حجر الرحى، ولا يقال: اجتهد في حمل خردلة، لكن صار اللفظ في عرف العلماء مخصوصا ببذل المجتهد وسعه في طلب العلم بأحكام الشريعة، والاجتهاد التام: أن يبذل الوسع في الطلب بحيث يحس من نفسه بالعجز عن مزيد طلب "[1]،فهذا التعريف للاجتهاد يشمل بذل الجهد للتوصل إلى الحكم المراد من النّصّ الضمني الدّلالة، ويشمل بذل الجهد للتوصل إلى الحكم بتطبيق قواعد الشرع الكلية، و بذل الجهد للتوصل إلى الحكم فيما لا نص فيه بوسيلة من الوسائل التي أرشد الشرع إليها للاستنباط فيما لا نص فيه[2]؛ كالاستصحاب والعرف.

والاجتهاد في واقعة لا نص فيها بغير الوسائل التي أرشد إليها الشرع لا يسمى اجتهادا؛ لأن أساس الاجتهاد فيما لا نص فيه هو الرأي[3]، والرأي هو:"التعقل والتفكير بوسيلة من الوسائل التي أرشد الشرع إلى الاهتداء بها في الاستنباط حيث لا نص"[4]، وهذا التفكير أقرب إلى الصواب وأبعد عن الزلل[5]؛ ولذلك فإن الاجتهاد بالرأي: هو "بذل الجهد للتوصل إلى الحكم في واقعة لا نص فيها بالتفكير واستخدام

---

(١) المستصفى، للغزالي، ٢/١٧٠.

(٢) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، لعبد الوهاب خلاف، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، ط٥، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م، ٨.

(٣) السابق، ٧.

(٤) السابق، ٨.

(٥) السابق، نفس الصفحة.

الوسائل التي هدى الشرع إليها للاستنباط بها فيما لا نص فيه"[١].

والواقعة التي هي مجال الاجتهاد بالرأي هي الواقعة التي لم يدلّ على حكمها نص ولا انعقد على حكمها إجماع، وهي في كل زمن وفي أية بيئة مجال للاجتهاد من أهل الاجتهاد؛ لأنه ما دام لا نص على حكم الواقعة فالمرجع في الاهتداء إلى الحكم هو الأمارات وطرق الاستنباط، والاهتداء بهذه الطرق والأمارات يختلف باختلاف عقول الباحثين، وباختلاف ما يحيط بهم من أقوال وملابسات[٢]، وليس أدل على هذا من أن تقدير المصالح ممًا تختلف فيه العقول ومما يتأثر فيه بالبيئات، ومن أن تقدير الضرر والنفع يختلف باختلاف العقول والبيئات، ورب ضار في زمن غير ضار في آخر، ورب نافع في أمة ضار في أخرى، ومن أن العرف يختلف باختلاف البيئات والأحوال، فرب عُرْف مستحسن عند قوم وغير مستحسن عند آخرين؛ ولذلك فإن الاجتهاد العرفي – وهو من الاجتهاد بالرأي – هو: "ما روعي فيه أصل ثبت حكمه بالعرف"[٣].

ومما تقدم يتبين أن الاجتهاد بالرأي إنما هو كاشف عن الحكم الشرعي الذي نصب الشرع أمارات عليه ومهد الطرق للوصول إليه[٤]، كما أن الاجتهاد بالرأي يمثل منهجًا لاستنباط الأحكام الشرعيّة، ومن الطرق الكاشفة عن الحكم الشرعي: الأخذ بقواعد العرف، وقواعد الاستصحاب؛ لأن العرف والاستصحاب من الدلائل التي بنى عليها العلماء اجتهاداتهم، ولأن الأخذ بالعرف الذي لا يعد مخالفًا للشرع مصلحة؛ لأنه يقتضي إلف الناس لما يكون من مقتضياته، ومخالفته تؤدي إلى الحرج والمشقة[٥]، والحرج والمشقة مرفوعان في الإسلام؛ إذ يقول الله سبحانه

---

(١) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، لعبد الوهاب خلاف ، ٧.

(٢) السابق، ١٠.

(٣) الأحكام السلطانية، للماوردي، ٤١٣.

(٤) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، لعبد الوهاب خلاف، ١٠.

(٥) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي(الجريمة)، محمد أبو زهرة، ١٨٠.

وتعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[1]، ولأن العرف إذا لم يكن على رذيلة ولم يؤدِ إلى مفسدة – وهو العرف المحترم[2] – يكون احترامه مقويًا للجماعة رابطًا بينهم، إذ يكون متصلاً بتقاليدهم المعقولة المستحسنة ومآثرهم الاجتماعيّة، ومخالفته هدم لهذه المآثر وتلك التقاليد المحترمة، كما أن قواعد الاستصحاب مرشدة لمعرفة الحكم الشرعي؛ كاستصحاب براءة الذمة وبقائها على ما كانت عليه حتى يقوم الدليل المثبت حقًا.

وبعد هذا التمهيد ننتقل إلى قواعد العرف، وقواعد الاستصحاب، بحسبانهما من قواعد الاجتهاد بالرأي، وذلك في الفصلين التاليين: –

---

(١) من الآية ٧٨ من سورة الحج.

(٢) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي(الجريمة)، محمد أبو زهرة، ١٨١.

الفصل الأول

قواعد أصولية كاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالعرف والعادة والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيّة والإجراءات الجزائيّة والجرائم والعقوبات في اليمن

ويتضمن المباحث التالية: –

المبحث الأول: معنى العرف والعادة في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني.

المبحث الثاني: حجية العرف والعادة في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني.

المبحث الثالث: شروط اعتبار العرف والعادة والقواعد المتعلّقة بتلك الشروط في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني.

المبحث الرابع: أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالعرف والعادة في قانون الأحوال الشخصيّة اليمني.

المبحث الخامس: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالعرف والعادة في قانون الأحوال الشخصيّة اليمني.

المبحث السادس: أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالعرف والعادة في قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني.

المبحث السابع: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالعرف والعادة في قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني.

المبحث الثامن: أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالعرف والعادة في قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

المبحث التاسع: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالعرف والعادة في قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

معنى العرف والعادة في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني

أولاً: معنى العرف والعادة في الاصطلاح الشرعي

١ – معنى العرف والعادة بشكل عام

العرف في الاصطلاح هو "ما استقر في النفوس من جهة شهادات العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"[١]، وهذا المعنى يصف العرف بأن من شأنه الاستقرار في نفوس أصحاب العقول الراجحة، كما أن هذا المعنى للعرف يشمل القول والفعل، بدلالة "ما" في أوله؛ ليخرج بذلك ما استقر في النفوس من جهة أهل الأهواء والشهوات، فإنه لا يعد عرفًا، كما أن ما أنكرته الطباع السليمة لا يعد عرفًا؛ ولذلك فإن صفة الاستقرار للعرف تتأتى ممًا عرفه أهل العقول الرشيدة والطباع السليمة وعرفوا وجه المصلحة فيه، فليس كل ما عرفه الناس وألفوه يعتبر عرفًا؛ بل العرف ما عرفه أهل العقول الرشيدة والطباع السليمة، فما يعتاده بعض الناس ممًا هو ضرر أو فساد أو لا مصلحة فيه لا يكون من العرف الذي تبتنى عليه الأحكام – كالتعارف على تعاطي الخمور في الولائم والمناسبات – لأن هذا عرف من جهة أهل الأهواء والشهوات، لا من جهة أهل العقول الرشيدة، فأهل العقول الرشيدة لا يعدون هذا عرفًا، غير أنه لمّا كانت الصفة الغالبة للعرف: أن يكون ممًا تستقر عليه أهل العقول الرشيدة ويعرفوا وجه المصلحة فيه، فإنه قد قيل في معنى العرف أيضًا بأنه: "ما لا ينكره الناس من المحاسن التي اتفقت عليها الشرائع"[٢]، وبأنه: "ما تعارفته العقول وتلقته الأئمة بالقبول"[٣].

---

(١) كشف الأسرار، للنسفي، ٥٩٣/٢.

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي، ٨٢٣/٢.

(٣) المواهب السنية، لعبد الله بن سليمان الجرهزي الشافعي، شرح الفرائد البهية، نظم القواعد الفقهية، للسيد أبي بكر الأهدل، اليمني، بهامش الأشباه والنظائر في الفروع، للسيوطي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ١٢٣.

وإذا كان لا بد للعرف من صفة الاستقرار فإن هذا الاستقرار يتأتى من خلال تكرار القول أو الفعل المتعارف عليه مرة بعد أخرى، حتى يتمكن أثره في النفوس ويستقر بين الناس ويصير مألوفًا لديهم؛ ولذلك فإن ما يحصل بطريق الندرة ولم يعتده الناس لا يعد عرفًا ولا عادة، وقد عرّف الدكتور/ أحمد فهمي أبو سنة استقرار العرف في النفوس: بأنه "الأمر الذي تقرر في النفوس وألفته بسبب تكرار فعله، وكان مصدره استحسان العقل، ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة، وهو شامل للأقوال والأفعال"[1].

والعادة في الاصطلاح هي: "ما استمروا عليه (أي الناس) وعاودوا له مرة بعد أخرى"[2]، وهي أيضًا:"عبارة عماً يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة"[3].

ومن خلال هذا يظهر عدم التباين بين العرف والعادة؛ لأن تعريف العادة بأنها ما استمر عليه الناس واستقر في نفوسهم من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة هو نفس المعنى للعرف، ولأن تعريف العادة اصطلاحًا يفيد أنها لا تقتصر على القول وحده أو الفعل وحده، بل يفيد أن الأمر المتكرر يشمل القول والفعل، كما هو الشأن في معنى العرف، فالقول؛ مثل إرادة الجنيه المصري عند إطلاقه في البيع في مصر، والفعل؛ مثل اعتياد الناس كيل البر أو وزنه، وإذا كان تكرر الشيء يعني: حصوله مرة بعد أخرى[4] فإن هذا المعنى وارد في معنى العرف، وفي معنى العادة أيضًا، وهذا يُظهر أنه ليس بين المعنيين تباينٌ، بل هما

---

(١) قاعدتان فقهيتان: العادة محكمة– لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، دار البصائر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط١، ١٤٢٥هـ–٢٠٠٤م، ١٦.

(٢) كشف الأسرار، للنسفي، ٢/٥٩٣.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٠١.

(٤) قاعدتان فقهيتان: العادة مُحكَّمة– لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، د.أحمد فهمي أبو سنة، ١٤.

مترادفان ومعناهما واحد[1]، وإذا عطف أحدهما على الآخر، أو إذا ذكر أحد المصطلحين بجانب الآخر – كأن يقال: جرت الأعراف والعادات بكذا – فإن هذا من باب التأكيد لا من باب التأسيس[2].

إلا أن هذا التباين بين معنى العرف ومعنى العادة، لم يكن أمرًا مسلما به عند بعض الباحثين، فمنهم[3] من يرى أن التباين بين العرف والعادة قائم على أساس علاقة كل منها بالفرد وبالجماعة، فإذا كانت العادة تعني التكرار والتعود فإن هذا التعود للشيء يكون من الجماعة كما يكون من الفرد، فإذا كان التعود على الشيء من الفرد فإنها تسمى عادة فردية، وإذا كان التعود على الشيء من الجماعة فإنها تسمى عادة جماعيَّة، أما العرف فلا يصدق إلا على العادة الجماعيَّة، فما يعتاده بعض الناس لا يكون عرفًا، لأنه لا بد في تحقيق العرف من اعتياد الكل أو الأغلب، وبناءً على هذا فإن الفرق بين العادة والعرف: أن العادة تصدر عن الفرد والجماعة، والعرف لا يصدر إلا عن الجماعة[4].

ويلاحظ في هذا الفرق أنَّ معياره وإنْ كان قائمًا على أساس أنَّ العادة تتعلق بالفرد والجماعة بينما العرف يتعلق بالجماعة دون الفرد، فإنَّ هذا لا يصلح معيارًا لوجود تباين بين العرف والعادة؛ لأنه لا معنى لاختصاص العرف بالجماعة؛

---

(١) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، لعبد الوهاب خلاف، ١٤٥؛ الوجيز في أصول الفقه، د.عبد الكريم زيدان، ٢٥٠؛ أصول الفقه الإسلامي، د.عبد المجيد مطلوب،دون بيانات أخرى، ٢٢٥.

(٢) الوجيز في أصول الفقه، د.عبد الكريم زيدان، ٢٥٠؛ أصول الفقه الإسلامي، د.عبد المجيد مطلوب، ٢٢٥.

(٣) أصول الفقه الإسلامي، د.عبد المجيد مطلوب، ٢٢٥، وهذا ما ذكره الدكتور/ أحمد فهمي أبو سنة عن بعض الباحثين، في كتابه: قاعدتان فقهيتان: العادة محكمة – لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، ص١٦.

(٤) قاعدتان فقهيتان: العادة محكمة – لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، د. أحمد فهمي أبو سنة، ١٦.

لأن العادة كما تكون فردية فإنها تكون جماعيّة.

ومنهم[1] من يرى أن التباين بين العرف والعادة قائم على أساس آخر، هو العلاقة بينهما من حيث الخصوص والعموم، بمعنى أن العادة أوسع من العرف وأعم منه، لأنها تشمل كل أمر متكرر من الأقوال والأفعال سواء أكانت صادرة عن الفرد أم عن الجماعة، أو كانت صادرة عن أمر طبيعي؛ كحرارة الجو وبرودته، أو عن العقل وتلقي الطباع السليمة لها بالقبول؛ ولذلك فالنسبة بين العرف والعادة هي العموم والخصوص، والعادة أعم.

ويجاب عن هذا: بأن التفرقة بين العرف والعادة على أساس العموم والخصوص بينهما لا تصلح أن تكون معيارًا لإثبات التفرقة بين المعنيين، لعدم الدليل عليه؛ ولأن العادة والعرف يَردا في كلام العلماء وكلاهما معطوفٌ على الآخر، وهذا من باب تأكيد كُلٌ منهما للآخر، فنراهم يقولون مثلاً: بأن "المطلق من العقود ينصرف إلى العرف والعادة عند المتعاقدين"[2]، فإنّ هذا يفيد الاقتران بين العرف والعادة، وأن عطف أحدهما على الآخر هو من باب التأكيد، ويقولون أيضًا: "من أقسام العادة: العرف الخاص..."[3]، وقد أشار ابن نجيم إلى ترادف العادة والعرف حين قال: "اعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في مسائل كثيرة"[4]، فهذا وأمثاله كثير[5] لا يدل

---

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء والأصوليين(عرض نظرية في التشريع الإسلامي)، د. أحمد فهمي أبو سنة، دار البصائر القاهرة،ط٣، ١٤٢٥هـ-٢٠٠٤م، ٣١، ٣٤، قاعدتان فقهيتان: العادة محكمة-لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، للمؤلف نفسه، ١٥.

(٢) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٧١/٣.

(٣) القواعد، للحصني، ٣٧٨/١.

(٤) الأشباه والنظائر، ١٠١.

(٥) انظر في إطلاق معنى كل من العادة والعرف على الآخر: [شرح تنقيح الفصول، للقرافي ٤٤٨؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٩٤/١؛ والمواهب السنية، لعبد الله بن سليمان الجرهزي، شرح الفرائد البهية، نظم القواعد الفقهية، للسيد أبي بكر الأهدل اليمني، بهامش الأشباه والنظائر، للسيوطي، دار الفكر، ١٢٣].

على التباين بين العرف والعادة، كما أن مجيء العرف والعادة بمعنى واحد هو ما يفسر اكتفاء بعض العلماء بتعريف العادة، كالقرافي الذي عرف العادة بقوله: "العادة: غلبة معنى من المعاني على الناس، وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم؛ كالحاجة للغذاء، والتنفس في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض الفرق؛ كالأذان للإسلام، والناقوس للنصارى"[1]، فهذا التعريف يشعر بأن العادة يراد بها العرف؛ كالتعامل بنقود معينة في بعض البلاد، باعتبار أن هذا التعامل عرفٌ لتلك البلد، وكأن يقال: عادة أهل بلد كذا التعامل بالجنيه، وعادة أهل البلد الفلانيّ التعامل بالريال، وهكذا.

والخلاصة أنه لا تباين بين العادة والعرف، ولذلك يمكن تعريف كل منهما بأنه: "ما اعتاده أهل العقول الرشيدة، واستقر بينهم، بما لا يخالف حكمًا شرعيًا"[2]، فيخرج بهذا التعريف: ما يتعارف عليه بعض الجُهَّال من الأمور التي لا نفع فيها وقد تعود بالضرر؛ كإشهار الأعراس في بعض نواحي اليمن بالرصاص مع ما يسفر عنه في كثير من الأحيان من إصابات خطيرة وقاتلة، كما يخرج به أيضًا: العادات المخالفة لأحكام الشرع؛ كاعتياد تعاطي الخمور في المناسبات، فإن مثل هذا التعود لا يعد عرفًا؛ لمخالفته أحكام الشرع، وسيتضح الترادف بصورة دقيقة بين العرف والعادة من خلال التطبيقات لقواعد العرف، والنتيجة: هي أن العادة والعرف متلاقيان، فالأمر الذي تتفق عليه الجماعة من الناس في أمور الحياة هو عرف، وإذا اعتادته صار عرفًا.

٢ – معنى العرف والعادة بشكل خاص (بحسب الأنواع)

ينقسم العرف إلى: عام، وخاص، وهو قد يكون قوليًا، وقد يكون عمليًا، وهو مع ذلك قد يكون عرفًا صحيحًا، وقد يكون عرفًا فاسدًا، وفيما يلي توضيح تلك المعاني للعرف: –

---

(١) تنقيح الفصول، ٤٤٨.

(٢) هذا التعريف استخلصه البحث من عامة التعريفات السابق ذكرها.

النوع الأول: العرف العام: وهو ما تعارفه أهل البلاد دون أن يكون منحصرًا بفئة معينة منهم أو ببعض أجزاء البلاد، بل جرى العمل به بين الناس في سائر البلاد وشاع فيما بينهم[1]؛ كتعارف الناس على دخول الحمامات من غير تقدير أجر معين ولا تقدير مدة المكث فيها، وكاعتياد الأكل والشرب فهما من الأمور المعتادة عند جميع الناس، فمثل كل هذه الأمور من العوائد العامّة التي لا تختلف بحسب الأعصار والأمصار والأحوال[2].

النوع الثاني: العرف الخاص: وهو ما يتعارفه أهل بلد معين، أو طائفة معينة من الناس؛ كتعامل بعض الأقطار بعملة نقدية مخصوصة بها، وكتعارف علماء النحو على استعمال ألفاظ: الرفع والنصب والجر، وكتعارف علماء الأدب على استعمال لفظة: "النقد"، فمثل هذه الألفاظ استعمل استعمالا غالبًا حتى صار هو المتبادر إلى الذهن حال التخاطب[3]، وكتعارف بعض أرباب الحرف على إطلاق بعض المسميات على آلات حرفهم[4]، وكتعارف أهل بلدة معينة على هيئة اللباس، فإنّ هذا يختلف من بلد إلى آخر[5]، وقد ذكر القرافي في تعريفه السابق للعادة أن من أقسام العادة: العادة الغالبة، والعادة الخاصّة.

النوع الثالث: العرف القولي: وهو ما تعارفه الناس في أقوالهم؛ كالتعارف على تسمية العملة المتداولة في بعض الأقطار بالجنيه، وفي بعض الأقطار بالريال، وغير ذلك.

النوع الرابع: العرف العملي: وهو ما جرى عليه عمل الناس[6]، أو ما تعارف الناس العمل به؛ كلبسهم الجديد يوم العيد.

---

(١) تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٤٨.

(٢) الموافقات، للشاطبي، ٣٩٧.

(٣) تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٤٨.

(٤) الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، ٢٥١.

(٥) الموافقات، للشاطبي، ٣٩٧.

(٦) قاعدتان فقهيتان: العادة محكمة- لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، د. أحمد فهمي أبو سنة، ١٧.

ويتضح من خلال تعريف كل من: العرف القولي، والعرف العملي، أن لكلّ منهما مجاله، فالعرف القولي مجاله الأقوال لأنه عرفٌ لها، ولا مجال له في الأفعال لأنه ليس عرفًا لها[(١)].

النوع الخامس: العرف الصحيح: وهو ما تعارفه الناس ولم يخالف دليلاً شرعيًا، ولا يفوت مصلحة معتبرة ولا يجلب مفسدة[(٢)]؛ كتقديم الحلوى في المناسبات.

النوع السادس: العرف الفاسد: وهو ما تعارفه الناس وكان مخالفًا لدليل شرعي، أو كان عرفًا يجلب ضررًا ومفاسد؛ كتعارف بعض الناس على شرب الخمر، ولعب الميسر، وغير ذلك[(٣)].

ثانيًا: معنى العرف والعادة في القانون اليمني

١ – معنى العرف والعادة في القانون اليمني

لم يضع القانون المدني اليمني تعريفًا محددًا لكلٍّ من العرف والعادة، ولكن المادة الأولى من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م، بشأن القانون المدني وصَفَتْ العرف الذي يعمل به القاضي ويحكم به بأنه العرف الجائز شرعًا، كما تضمنت هذه المادة أهم شروط العرف، فقد نصّت على أنه: "يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظًا ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعًا، فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة، ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة

---

(١) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/١٢٠.

(٢) الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان ٢٥١؛ أصول الفقه الإسلامي، د. عبد المجيد مطلوب،٢٢٧.

(٣) السابقان، نفس الصفحات.

الإسلامية، ويشترط في العرف: أن يكون ثابتًا، ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامَّة".

ويُرجِع أحد الباحثين عدم وجود تعريف محدد للعرف والعادة في التشريع اليمني إلى أن المشرع اليمني ترك مجال التعريفات للفقه والقضاء، مجنبًا نفسه النقد الذي قد يتعرض له، ومتيحًا في الوقت نفسه الفرصة أمام حركة تطور القانون، الذي هو في الأصل من اختصاص الفقه والقضاء، وثمرة بحوث الفقهاء والقضاة وآرائهم المستفادة من ظروف المجتمع وتطوره؛ ولهذه الأسباب فقد وصف ترك المشرع لتحديد معنى كلّ من: العرف والعادة، بأنه حسن[1].

إلاّ أن الذي يبدو للبحث أنه لمّا كان من المعلوم أن التعريف يُفسِّر به المصطلح، ولمّا كان العرف قد فسره الفقهاء، فإن الظاهر أن المشرع اليمني قد ترك تعريف العرف والعادة اعتمادا على التعريف الفقهي وإرجاعًا إليه؛ لأنّ المشرع اليمني جعل المرجعَ الأول في تفسير القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي، فقد نصَّت المادة رقم (١٨) من القانون المدني على أن: "المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي، والمذكرات الإيضاحية، والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعيَّة المختصة"، وعلى هذا الاعتبار أمكن القول: بأن "المرجع التاريخي والتفسيري للقانون المدني اليمني هو الشريعة الإسلامية"[2].

ويلاحظ أن من الباحثين في القانون اليمني من تناول العرف والعادة بالتعريف، فقالوا عن العرف: إن "المقصود به اعتياد الناس على نوع معين من السلوك، مع الاعتقاد بأنه ملزم، وأن مخالفته تستتبع توقيع جزاء مادي جبرًا على من يخالفه"[3]، وقالوا أيضًا: إن العرف هو "الاعتياد على العمل دون انقطاع، مع الاعتقاد

---

(١) تاريخ القانون اليمني، جـ١:تاريخ نظم القانون العام، د. عبد الله علي الفسيل، دار النهضة العربية، القاهرة، د. ت،١٣.

(٢) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ٨٦.

(٣) السابق نفسه، ١٢٩.

بأنه بمثابة الواجب القانوني"[١].

وقد أخذ على هذين التعريفين تعريفهما العرف بالمعنى الضيق، كونه مقتصرًا على نطاق معين هو نطاق القاعدة القانونية غير المسنونة (المكتوبة) التي قد تنشأ من اطّراد سلوك الأفراد في واقعة محدودة، وترسيخ ذلك في أذهانهم، وتوليد الشعور بضرورة احترامها، فيتمخض عن ذلك قاعدة قانونية مصدرها العرف[٢]، وتلافيًا لهذا القصور قال أحد الباحثين عن العرف: إنه "سنة يتبعها الناس، مع شعورهم بإلزامها قانونًا"[٣]، ومعنى هذا: أن العرف من شأنه اطّراد العمل به بين الناس بطريقة معينة وفقًا لسلوك محدد، مع شعورهم بوجود جزاء قانوني يكفل احترام ذلك السلوك[٤]، وهذه التعريفات متقاربة إلى حد ما.

أما العادة فهي عند شُرّاحِ القانون اليمني ركنٌ ماديٌّ للعرف؛ ولذلك عرفوها في أثناء حديثهم عن أركان العرف بأنها: "اعتياد الناس على سلوك معين"[٥]، وبأن العادة تتكون من اتباع شخص أو أكثر سنة (طريقة) معينة بوحي من عقولهم، وعلى هدي ظروف البيئة المحيطة بهم، ثم يتكرر سلوك نفس الطريقة من غيرهم ذاتيًا، سواء بدافع حب التقليد، أو بدافع الشعور بضرورة اتّباع السنة، أو بدافع استحسانها، أو بدافع انصراف إرادة المتعاقدين إلى العمل بمقتضاها[٦]، أما أركان العرف فهي ركنان؛ أحدهما: الركن المادي، وهو ما سلف ذِكْرُه ويسمى: "ركن الاعتياد"[٧]، الذي يعني اعتياد الناس على سلوك معين، والثاني: المعنوي: ومضمونه

---

(١) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي ، ٦٧.

(٢) تاريخ القانون اليمني،جـ١: تاريخ نظم القانون العام، د. عبد الله الفسيل، ١٤.

(٣)السابق، ١٥.

(٤)السابق، نفس الصفحة.

(٥) الوجيز في مدخل القانون، د.محمد حسين الشامي، ١٢٩.

(٦) تاريخ القانون اليمني جـ١: تاريخ نظم القانون العام، د. عبد الله علي الفسيل، ١١.

(٧) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٢٩.

أن تتكون لدى الناس العقيدة بوجوب احترام هذا العرف، وأنه ملزم يجب على من يخالفه الجزاء كأية قاعدة قانونية أخرى[1].

٢ – الفرق بين العرف والعادة في القانون اليمني.

سبق القول: إن القانون اليمني لم يفرد معنى خاصًا محددًا لكلٍّ من: العرف والعادة، وسبق ذكر نص المادة الأولى من القانون المدني اليمني في هذا الصدد، ويبدو أن القانون المدني اليمني قد أحال في تفسير ذلك إلى الفقه – كما ذكرنا – ولكن جاء في نص المادة رقم (١٢) من هذا القانون:أن "كل حكم بني على عرف أو عادة يتغير بتغير ذلك العرف ويزول بزوال تلك العادة"، وإذا أخذنا بنص المادة الأولى من هذا القانون التي وصفت القانون اليمني بأنه: "القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية"، فإن هذا يعني أن العرف والعادة يرجع في أحكامهما إلى الشريعة الإسلامية، والمرجع في تفسيرهما هو الفقه الإسلامي أولاً، ثم يأتي غيره بعد ذلك، مثل: المذكرات الإيضاحية، والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعية المختصة، بل قيل: إن "المرجع التاريخي والتفسيري للقانون المدني اليمني هو الشريعة الإسلامية"[2].

ومن خلال ما سبق يمكن القول: إن القانون المدني اعتبر العرف والعادة مترادفين، وأن ذكرهما متعاقبين هو من باب التأكيد لا من باب التأسيس، بينما يرى بعض الباحثين أن هناك فرقًا بين العرف والعادة (العادة الاتفاقية)، فالعادة الاتفاقية: "هي عبارة عن شروط يعتاد الناس اشتراطها في معاملاتهم صراحة أو ضمنًا، وتستمد قوتها الملزمة من انصراف إرادة المتعاقدين إلى العمل بمقتضاها، فليس لها في حد ذاتها قوة ملزمة كالقواعد القانونية؛ لعدم توافر الركن المعنوي"[3]، ولهذا فإن

---

(١) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٢٩.

(٢) السابق، ٨٦.

(٣) السابق، ١٣٠. ومثال ذلك: ما يحدث عادة في المحلات العامة من دفع إكرامية للقائمين بالخدمة. [نفسه، ١٣٠].

بين العرف والعادة فروقًا، فالعرف يلزم لتكوينه توافر الركن المادي والمعنوي، في حين أن العادة الاتفاقية لا يلزم لنشوئها إلا توافر الركن المادي، ومن ثم فالعادة عرف ناقص، ويثبت للعرف قوة الإلزام باعتباره قاعدة قانونية، بينما تفتقر العادة لهذه القوة[1]، كما أن العرف قانون شأنه شأن القانون المكتوب وإن كان يليه في المرتبة، أما العادة الاتفاقية فلا تعتبر قانونًا وإنما إذا اكتسبت بعض الإلزام فإنما يكون ذلك من انصراف قصد المتعاقدين[2].

ثالثًا: نتيجة المقارنة بين معنى العرف في الفقه الإسلامي والقانون اليمني

ذكر أحد الباحثين أن الشعور بالإلزام بالعرف في الفقه الإسلامي غير معتبر، على خلاف القانون الوضعي، حيث قال: "يختلف العرف في أصول الفقه الإسلامي عنه في القانون الوضعي، لأن الركن المعنوي وهو الشعور بالإلزام غير معتبر عند الأصوليين، لأنه أثر أو نتيجة لاعتباره شرعًا، والتفرقة التي ذكرها فقهاء القانون الوضعي بين العرف والعادة أمر في غاية التشابه من الناحية العملية"[3]، وهذا الذي ذكره من أن الركن المعنوي للعرف في القانون الوضعي يتمثل في الشعور بالإلزام قد قاله فقهاء القانون اليمني أيضًا[4]، إلا أنه لا دليل على أنّ الشعور بالإلزام بالعرف غير معتبر عند الأصوليين؛ لأن العرف إذا استقر وشاع بين الناس

---

(١) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٣١؛ تاريخ القانوني اليمني، جـ١: تاريخ نظم القانون العام، د.عبد الله الفسيل، ١١.

(٢) الوجيز في مدخل القانون، د.محمد بن حسين الشامي، ١٣١.

(٣) قاعدة العادة محكمة وتطبيقاتها على المعاملات المالية المعاصرة، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، بحث فقهي مقارن لنيل درجة التخصص، الماجستير، للباحث: محمد محمود محمد حسن الجمال، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، قسم الفقه المقارن، ١٤٢٣هـ-٢٠٠٢م، مسجلة برقم(٣٢٤٩) بسجلات الماجستير في الكلية، ٢١.

(٤) الوجيز في مدخل القانون، د.محمد حسين الشامي، ١٣١؛ تاريخ القانون اليمني، جـ ١: تاريخ نظم القانون العام، د. عبد الله الفسيل، ١١.

فإن العمل به يصير لازمًا مادام لم يخالف حكمًا شرعيًّا؛ ولذلك قال المقري: "يجب الرجوع إلى العوائد..."[1] وفي هذا دليل على لزوم العمل بالعرف، ولذلك فإن العرف في القانون اليمني لا يختلف مفهومه عنه في الاصطلاح الشرعي؛ لأن القانون اليمني لم يحدد معنى معينًا للعرف، بل أرجع تفسير ذلك إلى الفقه الإسلامي.

---

(١) القواعد، ١/ ٣٤٥.

المبحث الثاني

حجية العرف والعادة في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني.

أولاً: حجية العرف في الشريعة الإسلامية

تضافرت أقوال العلماء في اعتبار العرف والاحتجاج به في الأحكام الشرعيَّة، وسنقتصر على بعض منها؛ فابن العربي يقول: "العادة، وهي دليل أصولي، بنى الله عليه الأحكام، وربط به الحلال والحرام"[١]، والمقري يقول: "يجب الرجوع إلى العوائد"[٢]، والسيوطي يقول: "اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في مسائل لا تعد كثرة"[٣]، وابن نجيم يقول: "اعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في مسائل كثيرة، حتى جعلوا ذلك أصلاً"[٤]، فهذه الأقوال تدل صراحة على الاحتجاج بالعرف والعادة في بناء الأحكام.

ولمَّا كانت أحوال الناس تختلف من بلد إلى آخر فإن الأعراف تتغير وتختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان، ولا تخلو أية بلدة من وجود أعراف وعادات خاصة بها؛ ولهذا لا يقتصر الاحتجاج بالعرف على مذهب دون آخر، وهذا ما ذكره القرافي بقوله: "أماَّ العرف فمشترك بين المذاهب، ومن استقراها وجدهم يصرحون بذلك"[٥]، وهذا أمر ظاهر وملحوظ، فالمذاهب جميعها لا تخلو من اعتبار العرف والعادة في الأحكام الشرعيَّة[٦]، وقد جزم ابن قيم الجوزية بنسبة العمل

---

(١) أحكام القرآن، ١٨٤٢/٤. وقال في موضع سابق: "العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام". [نفسه، ١٨٤٠/٤].

(٢) القواعد، ٣٤٥/١.

(٣) الأشباه والنظائر، ١٩٤/١.

(٤) الأشباه والنظائر، ١٠١.

(٥) تنقيح الفصول، ٤٤٨.

(٦) انظر عند الحنفية: [كشف الأسرار، للنسفي، ٥٩٣/٢؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٠١]. وانظر عند المالكية: [الفروق الفقهية، للقاضي: أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر

بالعوائد إلى الإجماع، حيث قال: "تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهذا مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه"(١).

ومن خلال هذا يمكن القول: إن المراد بحجية العرف: أن العمل به هو من الشريعة، وهذا هو ما يعبر عنه العلماء بالاعتبار، كما في أقوالهم السابقة، وبالتحكيم، كما سيأتي في قولهم: "**العادة مُحكَّمة**"، وقولهم: بأن العرف أصل من أصول الاستنباط تبنى عليه الأحكام(٢)؛ وذلك لاختلاف الأحوال والبيئات.

البغدادي، اعتنى به: جلال علي القذافي الجهاني، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة، دبي، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م، سلسلة الدراسات الفقهية رقم(١١)، ٦٢؛ أحكام القران، لابن العربي، ١٨٤٢/٤؛ تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٤٨؛ القواعد، للمقري، ٣٤٥/١؛ الموافقات، للشاطبي، ٣٩٧]. وانظر عند الشافعية: [الأحكام السلطانية، للماوردي، ١٤٣؛ قواعد الأحكام في مصالح الأنام؛ لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام السلمي، اعتنى به: المكتب العلمي للتراث، نشر وتوزيع: دار البيان العربي، القاهرة، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٢م، ٨٣/٢-٩٣؛ المجموع المذهب في قواعد المذهب، لخليل بن كيكلدي الملقب بصلاح الدين المكنّى بأبي سعيد العلائي الشافعي(ت٧٦١هـ) تحقيق ودراسة: د.محمد بن عبد الغفار بن عبد الرحمن الشريف، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت، الإدارة العامّة للإفتاء والبحوث الشرعيّة، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، ٣٩٩/٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٩٤/١؛ القواعد، للحصني، ٣٩٠/٢-٣٩١]. وانظر عند الحنابلة: [العدة في أصول الفقه، للفراء، ١٣٥/١، ١٣٦؛ إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٤٨/٢، ٢٨٧، ٢٨٨، ٣/٣، ٦، ٦٨،٧١؛ القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٢٩٧]. وانظر عند الزيدية: [شرح الأزهار، لابن مفتاح، ١٤١/١؛ نبذة مختصرة من كتاب شذور الذهب في تحقيق المذهب، لعبد الله بن الحسين دلامة، في مقدمة شرح الأزهار، ١٧/١، ١٨]. وانظر عند الإمامية: [أصل الشيعة وأصولها، لكاشف الغطاء، ١٨٠؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ٢٢٧/٢-٢٢٨]. وانظر عند الإباضية: [فصول الأصول؛ لخلفان بن جميل السيابي، ٣٥٨؛ غاية المأمول، للبطاشي، ٣٤٧/١].

(١) إعلام الموقعين، ٦٨/٣.

(٢) الوجيز في أصول الفقه، د.عبد الكريم زيدان، ٢٥١.

أدلة حجية العرف والعادة.

للأعراف والعادات أصل يعتمد عليه من الكتاب، والسنة، والمعقول.

١ – **من الكتاب:** من الآيات التي يستدل بها على اعتبار العرف والاحتجاج به ما يلي:

أ – قوله تعالى: ﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾[١].

ووجه الاستدلال: أن الآية دليل على حجية العرف[٢]؛ لأن معنى العرف في الآية: "ما لا ينكره الناس من المحاسن التي اتفقت عليها الشرائع"[٣].

ب – قوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾[٤].

ووجه الاستدلال: أن الآية أفادت عدم تقدير النفقة في الشرع بمقدار معين، وأن المرجع في تقديرها هو العرف والعادة؛ ولهذا قال ابن العربي عن هذه الآية: "هذا يفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعًا، وإنما تتقدر عادة بحسب الحالة من المنفق والحالة من المنفَق عليه، فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة"[٥].

٢ – **من السنة:** عَنْ عَائِشَةَ رضي الله عنها: عَنْهَا أَنَّ هِنْدًا قَالَتْ لِلنَّبِيِّ ﷺ: إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ؛ فَأَحْتَاجُ أَنْ آخُذَ مِنْ مَالِهِ! قَالَ: «**خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ**»[٦].

---

(١) من الآية ١٩٩ من سورة الأعراف.

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي، ٢/٨٢٣.

(٣) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٤) من الآية ٧ من سورة الطلاق.

(٥) أحكام القرآن، ٤/١٨٤١.

(٦) أخرجه البخاري واللفظ له (٩٧) كتاب الأحكام (٢٨) باب القضاء على الغائب، حديث رقم (٦٧٥٨) ٦/٢٦٢٦ ومسلم (٣٠) كتاب الأقضية (٢٤) باب قضية هند، حديث رقم (١٧١٤) ٣/١٣٣٨.

ووجه الاستدلال: أن في الحديث دليلاً على اعتبار العرف في الأحكام الشرعيَّة؛ لأنه تضمن أن النفقة ليست مقدرة، بل ترجع إلى العرف؛ لأن الرسول ﷺ أحال زوجة أبي سفيان على أخذ الكفاية من ماله حين علم السعة من حاله[(١)]، كما أنّ الحديث وإن كان واردًا في النفقة إلا أنه يصلح دليلاً على اعتبار العرف في الأحكام الشرعيَّة؛ لأن النفقة لمَّا كانت غير مقدرة شرعًا فإنّ هذا يعني أن تقديرها راجع إلى العرف، شأنها في ذلك شأن الأشياء غير المقدرة في الشرع، والتي يرجع في تقديرها إلى العرف، ولهذا فقد جاء في شرح الحديث: "أن ما لم يقدره الله ورسوله من الحقوق الواجبة، فالمرجع فيه إلى العرف"[(٢)]، وهذا يدل على الاستدلال بالحديث في اعتبار العرف في الأحكام الشرعيَّة.

٣- **من المعقول:** العقل يقضي باعتبار العرف والعادة؛ لأن ما يتعارفه الناس وهو عرف صحيح يصير من حاجاتهم ومن مقومات حياتهم، والعمل به يكون صادرًا وفقًا لأعرافهم[(٣)]، أما ما لم يكن عرفًا صحيحًا وهو العرف المخالف للشريعة الإسلامية فإنه لا يصير من حاجات الناس؛ لأن العقل يخطئ ويصيب، وذلك كتعارف العرب على وأد البنات مخافة الفقر أو العار، كما أن العرف الصحيح إذا استحسنه المسلمون فإنه يكون محكومًا بحقيقته واعتباره[(٤)]، إضافة إلى أن في العمل بالأعراف والعادات الصحيحة مراعاة لمقاصد الشريعة؛ ذلك أن من مقاصد الشريعة رفع الحرج عن الناس والتيسير عليهم، إذ إنّ الناس تختلف عاداتهم من مكان إلى آخر ومن زمن إلى آخر؛ فمثلا: أقوات الناس في الغالب تختلف من بلد إلى آخر، وبالتالي فإنّ النفقات

---

(١) أحكام القرآن، لابن العربي، ١٨٤٢/٤.

(٢) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٢٧٥/٤.

(٣) أصول الفقه الإسلامي، د.عبد المجيد مطلوب، ٢٢٨.

(٤) إدرار الشروق، لابن الشاط، بحاشية الفروق، للقرافي، ١٩٠/٣؛ المستصفى، للغزالي، ٢١٤/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٩٣/١، ١٩٤؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٣٧٦/٢؛ إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٢٠ وانظر: [العرف والعادة في رأي الفقهاء والأصوليين، د.أحمد فهمي أبو سنة، ٣٠؛ الوجيز في أصول الفقه، د.عبد الكريم زيدان، ٢٥٢]:

الواجبة للزوجات تختلف تبعًا لذلك ولم يقدرها الشرع بتقدير معين، فيرجع في اعتبارها للأعراف[١]، فاعتبار الشرع للعادات والأعراف هو من قبيل التسهيل والتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم ما دام العرف صالحًا لا فاسدًا، وبالعكس فإن في عدم مراعاة العرف مشقة وحرجًا على الناس[٢]، ولأن في النزوع عن العادة الظاهرة حرجًا بينًا، فعدم اعتبار العرف يترتب عليه مشاق كبيرة لا يمكن احتمالها، فلو لم يكن العرف معتبرًا لوقع الناس في مشقة عند دخول الحمامات مع تقدير أجرة الحمامي وعوض الماء وتقدير مدة اللبث فيها، ولكن العادات تستقبح تقدير مثل هذا لأجل المشقة في تقدير الماء المصبوب في الحمام وتقدير مدة المقام فيه[٣]؛ ولذلك كانت المشقة سببًا للرخصة.

ولمّا كان معلومًا أن الشارع الحكيم قد جاء بحفظ مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم فإن في اعتبار الشرع للأعراف والعادات مراعاة لحفظ مصالحهم ودرء المفاسد عنهم، وفي عدم اعتبار العادات والأعراف تعطيل لتلك المصالح، وفي هذا يقول الشاطبي: "لماً قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بأنه لا بد من اعتباره العوائد"[٤] أي لا بد من اعتبار الشارع للعوائد، كما أن في تغير العرف مراعاة لأحوال الناس وعاداتهم التي تتغير من مكان إلى آخر ومن حين إلى آخر، فلو لم تتغير الأحكام بتغير تلك العادات لوقع الناس في ضيق وحرج كتغير المسكن بتغير الأحوال والأمكنة والأزمنة؛ لذلك يراعى العرف في ذلك، ولكن هذا التغيير للأحكام لا يتناول الأحكام القطعية التي جاءت بها الشريعة، وإنما يتناول الأحكام المبنية على العرف[٥]، وهذا التغيير لا يعد نسخًا للشريعة؛ لأن الحكم باقٍ، وإنّما لم

---

(١) انظر تطبيقات قواعد العرف في الأحوال الشخصيَّة، في المبحث الرابع من هذا الفصل.

(٢) الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان،٢٥٣.

(٣) المستصفى، للغزالي، ٢١٥/١.

(٤) الموافقات، ٣٩١.

(٥) الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان،٢٥٦.

تتوافر له شروط التطبيق فطُبّق غيره.

وبعبارة أخرى فإن العادة إذا تغيرت فإن ذلك التغير راجع إلى أن حالة جديدة قد طرأت تستلزم تطبيق حكم آخر، أو أن الحكم الأصلي باق؛ ولكن تغير العادة استلزم شروطًا معينة لتطبيقه، فالشرط في الشهود: العدالة، والعدالة الظاهرة كانت كافية لتحققها، فلما كثر الكذب استلزم هذا الشرط التزكية[1]، وبناءً على تغير الأعراف فإن الأحكام قد تتغير من حين لآخر، ولكن مع الالتزام بشروط اعتبار العُرف الصحيح.

ومن الأمثلة الواضحة لتغير الحكم بمقتضى تغير العادات في غير الأحكام القطعية: ما ذكره الشاطبي من أن العادة إذا كانت تقتضي أن يدفع الزوج الصداق قبل الدخول ثم تنازع الزوجان في دفعه، فادعت الزوجة عدم دفع الصداق، وادعى الزوج الدفع، فإن القول قول الزوج في دفع الصداق، بناءً على العادة، فلو نسخت العادة أو تغيرت فإن القول قول الزوجة، بناءً على نسخ تلك العادة وتغيرها[2]، وهذا ليس باختلاف في الحكم، بل ترجيح لجانب من يشهد العرف قوله أو يشهد له أصل[3]، وهذا كله يؤكد مراعاة العرف للمصلحة، فإذا كانت المصلحة أمرًا مقررًا في الشريعة الإسلامية فإن مراعاة العرف الذي لا فساد فيه ضرب من ضروب المصلحة لا يصح أن يتركه الفقيه.

ويتضح من خلال ما سبق أن للعرف والعادة سلطانًا على النفوس، لأنه من الصعب زحزحة الناس عن العمل بهما مع كثرة تكرارهما، ومن هنا راعى التشريع الإسلامي العرف والعادة في الأحكام؛ لما في نزوع الناس عن عاداتهم من الحرج العظيم، لما لها من القوة والتغلغل في النفوس.

---

(١) قاعدتان فقهيتان: العادة محكمة-لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، د.أحمد فهمي أبو سنة،٣٠؛ الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان،٢٥٧.

(٢) الموافقات، ٣٩٠.

(٣) السابق، نفس الصفحة.

ثانيا: حجية العرف في القانون اليمني

جعل القانون المدني اليمني العرف قاعدة يجب العمل بها، ومن النُصوص التي يمكن من خلالها توضيح حجية العرف في القانون اليمني ما يلي: –

١– أن العرف حجة ما دام لا يخالف نصًا شرعيًا، وهذا مستفاد من نص المادة الأولى من هذا القانون التي تنص على أنه: "يشترط في العرف أن يكون ثابتًا، ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية".

٢– أن العرف تبتنى عليه الأحكام، وهذا مأخوذ من نص المادة الأولى أيضًا من نفس القانون التي نصَّت على أنه: "يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظا ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعًا، فإذا لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة، ويستأنس برأي من سبق لهم اجتهاد من علماء فقه الشريعة الإسلامية، ويشترط في العرف: أن يكون ثابتًا، ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامَّة"، فهذا النصّ حجة في أخذ القانون اليمني بالعرف في القانون وتطبيقه، ولذلك فإن على القاضي أنْ يبحث في القانون فيما يعرض أمامه من وقائع وتصرفات، ولا يعدل عن النصّ القانوني إلا إذا لم يوجد فيه حلّ لتلك الوقائع والتصرفات[1]، وحينئذ فإنه يلجأ إلى العرف، وهذا ما يدل عليه ما ورد في المادة السابقة من أنه: "إذا لم يوجد نصٌ في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعًا"، وهذا يفيد تقديم مرتبة التشريع على العرف؛ لأن التشريع هو

(١) تاريخ القانون اليمني، جـ١: تاريخ نظم القانون، د.عبد الله الفسيل، ٣١-٣٢.

المصدر الأول من مصادر القانون، ولذا تأخرت مرتبة العرف عن التشريع، فأصبح العُرف في مرتبة أدنى من التشريع[1]، ومما يؤكد ذلك: ما ذكرته المادة رقم (١٢) من نفس القانون: من أن "الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيتها ما أقره الشرع، ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه ما لم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال".

٣- أن كل حكم مبني على عرف أو عادة يتغير بتغير ذلك العرف ويزول بزوال تلك العادة، وهذا منصوص عليه صراحة في القانون المدني اليمني في مادته رقم (١٢) التي جاء فيها: "... كل حكم مبني على عرف أو عادة يتغير بتغير ذلك العرف ويزول بزوال تلك العادة".

ومن خلال هذا يتضح أن العرف في القانون اليمني حجة في استنباط الأحكام، وأنه "دليل من الأدلة"[2]

(١) تاريخ القانون اليمني، جـ١: تاريخ نظم القانون، د.عبد الله الفسيل ، ٣٢.
(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٥.

شروط اعتبار العرف والعادة والقواعد المتعلّقة بتلك الشروط في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني.

أولاً: شروط اعتبار العرف في الشريعة الإسلامية

يشترط في اعتبار العرف في بناء الأحكام ما يلي: –

الشرط الأول: أن لا يكون العرف مخالفًا للشرع: ومعنى هذا الشرط: أن العرف لا يعتبر إلا إذا **لم** يخالف حكمًا شرعيًّا؛ ذلك أن العرف المعتبر شرعًا ينحصر العمل به في نطاق **عدم** ورود حكم شرعي في المسألة التي يرجع فيها إلى العرف، وعدم معارضته **لأحكام** الشرع، فإنْ تعارض العرف مع حكم شرعي فلا اعتبار للعرف حينئذ.

ومن القواعد التي تمثل هذا الشرط قاعدتا: "**العادة تحكم فيما لا ضبط له شرعًا**"[(١)]، و: "**كلّ ما ورد به الشرع مطلقًا ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف**"[(٢)]، فهاتان القاعدتان صريحتان وواضحتان في أن العمل بالعرف والرجوع **إليه لا** يكون إلا عند عدم وجود النصّ الشرعي وعلى أن لا يكون العرف مخالفًا لحكم **شرعي**، وأن العرف لا يعمل به إلا فيما أطلقه الشارع ولم يتحدد ضبطه بضابط **معين**، أما الأحكام المنصوص عليها من الشارع؛ كتحريم الخمر، والزنى، وغير ذلك، **فإنه** لا ينظر فيها إلاّ لما ورد عن الشارع ولا يعتد بعرف يخالف ذلك، وعلى ذلك **فإن** العرف المعتبر هو العرف الذي لا يخالف دليلاً من الأدلّة الشرعيّة،

---

(١) المنثور **في القواعد**، للزركشي، ٢/٩٦.

(٢) الأشباه **والنظائر**، للسيوطي، ١/١٢٩. ويقال: "**العرف معمول به في الصحة والفساد واللزوم والسقوط ما لم يصادم نصًّا**". انظر:[نبذة مختصرة من كتاب شذور الذهب في تحقيق المذهب، لعبد الله بن الحسين دلامة، في مقدمة شرح الأزهار،لابن مفتاح، ١/١٧].

وهذا العرف هو الذي يجب على المجتهد وعلى القاضي مراعاته، أما العرف الفاسد فلا اعتداد به ولا يجب مراعاته – كتعارف الناس عقدا من العقود الفاسدة كعقد ربوي – فإن هذا العرف لا يكون له أثر في إباحة هذا التعاقد، ووجه عدم اعتبار العرف إذا كان مخالفًا للشرع: هو أنه لو أخذ بالعرف المخالف للشرع لترتب على ذلك إبطال حكم الشرع[١]، ولأن حكم الشارع يتوخى مصالح الناس، ولذلك فهو حق وحجة قائمة على الناس، أما العرف فقد تدخله الأهواء.

الشرط الثاني: أن يكون العرف مطردًا أو غالبًا: ومعنى اطراد العرف: أن يكون مقررًا بين الناس، فإذا لم يكن العرف مطردًا بينهم فإنه يكون عرفًا مضطربًا، أي أنه لم يتقرر بينهم؛ ولذلك لا عبرة به لأن اطّراد العادة والعرف يقتضي أن يكون العمل بهما مستفيضًا شائعًا بين أهله معروفًا عندهم، ومعمولا به من قبلهم[٢]، كما أن الغلبة تقتضي أن يكون العمل بالعرف هو حال أكثرية الناس، ولا يتخلف عن العمل به إلا قليل منهم[٣]؛ ولهذا فإن الاطّراد والغلبة لا يتحققان في العرف إلا إذا وجد العمل بهما[٤]؛ لأن تقرر العرف والعادة بين الناس وتمكنه من نفوسهم لا يتم إلا بشيوعهما أو بأكثرية العمل بهما.

ومن القواعد التي تمثل هذا الشرط: "**إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت**"[٥]، و:"**إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا** "[٦]، و:"**كل ما يتضح**

---

(١) الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، د. عبد الكريم زيدان ٢٥٤.

(٢) قاعدتان فقهيتان: العادة محكمة- لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، د.أحمد فهمي أبو سنة، ٣٢؛ الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، ٢٥٤.

(٣) السابقان، نفس الصفحات.

(٤) الوجيز في أصول الفقه، د.عبد الكريم زيدان، ٢٥٤.

(٥) الأشباه والنظائر، لابن نجيم،١٠٣، والمادة(٤١) من مجلة الأحكام العدلية. [درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٤٥].

(٦) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٢٠١.

فيه اطراد العادة فهو المحكم"[1]، فهذه القواعد جميعها صريحة في اشتراط الاطراد أو الغلبة في العادة لاعتبارها في الأحكام؛ فمثلا إذا اطرد العرف بأن الشخص إذا استأجر خياطًا وكان الخيط والإبرة على الخياط فإنه ليس على المستأجر خيطٌ ولا إبرةٌ؛ لاطِّراد العرف بذلك، فإن اضطرب العرف بأن كان جارٍ تارة بأن الخيط والإبرة على الخياط وجارٍ تارة أخرى بأنهما على المستأجر فإنه يلزم حينئذ بيان من يكون عليه الخيط والإبرة، الخياط أم المستأجر؟ لأن العرف مضطرب غير مطرد، وغير غالب، فلا بد من بيان ذلك وإلا تبطل الإجارة[2].

واطِّراد العادة يكتسب من التكرار الذي يغلب على الظن معرفتها[3]؛ لأن "مادة العادة تقتضي تكرار الشيء وعوده تكررًا كثيرًا"[4]؛ ولذلك فإن العرف الجاري في أي بلد لا يعول عليه إلا إذا كان معمولاً به عند غالبية الناس.

ومن القواعد التي تمثل هذا الشرط أيضًا قاعدة: "**العبرة للغالب الشائع لا للنادر**"[5]، وتعني: أن العرف الذي يعتبر إنما هو الغالب الشائع المتكرر المعلوم بين الناس؛ لأن الشائع: هو الأمر الذي يصبح معلومًا للناس وذائعًا بينهم[6].

الشرط الثالث: أن يكون العرف الذي يحمل عليه التصرف موجودًا وقت إنشاء التصرف:أي سابقًا على وقت التصرف ثم يستمر العمل به إلى زمان التصرف، وهذا معنى كون العرف مقارنًا للتصرف أو سابقًا عليه[7]؛ ولذلك فإنه يجب الرجوع في

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي ، ٢٠١/١.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٠٣؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٩٩/٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢٠٢/١.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٩٩/١.

(٤) المنثور في القواعد، للزركشي، ٩٧/٢.

(٥) المادة(٤٢) من مجلة الأحكام العدلية [درر الحكام، لعلي حيدر، ٤٥/١].

(٦) درر الحكام، لعلي حيدر، ٤٥/١.

(٧) قاعدتان فقهيتان: العادة محكمة- لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، د.أحمد فتحي أبو سنة ٣٧؛ الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، ٢٥٤.

الوصايا والأوقاف عند إطلاقها إلى عرف الموصي والواقف لا إلى عرف حادث بعدهما؛ كما إذا أوصى الموصي بشيء للمسجد أو أوقف له وقفًا ولم يحدد نوع مصرف الوصية أو الوقف للمسجد فإنه يحمل على العرف الذي كان قائما وقت الوصية والوقف، فيدخل في ذلك: عمارة المسجد، وشراء أثاث له، وغير ذلك[1].

ومن القواعد المتعلِّقة بهذا الشرط ما يلي: -

١- "**العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر**"[2]، فهذه القاعدة صريحة في أن العرف الذي تحمل عليه الألفاظ المطلقة في التصرفات لابد أن يكون سابقا على تلك التصرفات ويستمر العمل به إلى زمان التصرف.

٢- "**لا عبرة بالعرف الطارئ**"[3]، وهذه مثل سابقتها، فهي تعني عدم العمل بالعرف الذي لم يستقر؛ لأن العرف لابد أن يكون مستقرًا، وهذا الاستقرار يفيد أن العرف موجود قبل التصرف الذي يحمل عليه العرف أو مقارنٌ له؛ لأن العرف السابق صار مطردًا أو غالبًا استعماله بين الناس.

الشرط الرابع: أن لا يوجد قول أو عمل يفيد عكس مضمون العرف[4]:أي أنه إذا وُجد اتفاق بالقول أو العمل على شي ولم يكن مخالفًا للشرع فإنه يعمل بهذا الاتفاق؛ فمثلا إذا كان العرف في السوق جاريًا على تقسيط الثمن واتفق العاقدان صراحة على أداء الثمن وعدم تقسيطه، فإن العرف لا يعتبر حينئذ؛ لتضمن اتفاق العاقدين على ذلك[5].

ومما يتعلق بهذا الشرط أيضًا: أن يكون العرف مُلزمًا يتحتم العمل

---

(١) انظر تطبيقات قواعد العرف في الأحوال الشخصيَّة في المبحث الرابع من هذا الفصل.
(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم ١٠٣؛ والأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢١٦/١
(٣) الأشباه والنظائر، لا بن نجيم، ١٠٣.
(٤) الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، ٢٥٤.
(٥) السابق، نفس الصفحة.

بمقتضاه في نظر الناس[١]، وهذا الشرط خاص بالعرف المثبت لحق من الحقوق؛ لقيامه مقام العقد، كالهدايا في الأعراس، هل اعتاد الناس المكافأة عليها في مثل هذه المناسبات؟ أو هي عادة بعض البلاد دون بعض؟ أو أن هذه هي عادتهم في نوع من الهدايا دون نوع آخر؟ فيرجع إلى العرف في كل ذلك، فمتى كان العرف جاريا بالمكافأة لزم العمل به في الفتيا والقضاء[٢].

ثانيًا: شروط اعتبار العرف والعادة في القانون اليمني

نص القانون اليمني على الرجوع إلى العرف، وألزم القاضي بالأخذ به، وذكر شروط اعتبار العرف، حيث نصَّت المادة الأولى من القانون المدني على ذلك بقولها: "...فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعا... ويشترط في العرف: أن يكون ثابتا، ولا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية والنظام العام والآداب العامَّة..."، ومعنى هذا: أن القاضي يبحث في القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية فيما يعرض أمامه من وقائع وتصرفات، ولا يعدل عنه إلا إذا لم يجد نصًّا، فإن لم يجد نصًّا في القانون فإنه يحكم بمقتضى العرف الجائز شرعًا[٣]، وبناءً على ذلك فإنه يمكن استخلاص الشروط الواجب توافرها للأخذ بالعرف في القانون اليمني، وهي:

الشرط الأول: أن يكون العرف جائزًا، غير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية: وتأكيدًا لهذا المعنى فقد جاء في نص المادة رقم (١٢) من القانون المدني اليمني ما يؤكد عدم مخالفة العرف لحكم الشرع، حيث نصَّت على أن: "الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيتها ما أقره الشرع، ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه، ما لم

(١) قاعدتان فقهيتان: العادة محكمة- لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، د. أحمد فهمي أبو سنة، ٣٨.

(٢) السابق، ٣٨، ٣٩.

(٣) تاريخ القانون اليمني،جـ١: تاريخ نظم القانون العام، د. عبد الله الفسيل، ٣٢..

يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال".

الشرط الثاني: أن لا يكون العرف متعارضًا مع النظام العام والآداب العامّة(١): وهذا الشرط معناه: ألاّ يكون الأمر الذي اعتاده الناس مخالفا للنظام العامّ والآداب في المجتمع، أما العادة التي تتنافى مع الأسس الاجتماعيّة والأخلاقية فإنها لا ترقى أبدا إلى مرتبة العرف، وذلك مثل الثأر، والنياحة، وما شابههما(٢)، ويرى البعض أن هذا الشرط لا يتحقق إلا بالنسبة للأعراف المهنية، والمحلية، دون العرف العام(٣).

الشرط الثالث: أن يكون العرف ثابتًا: بمعنى: أنه لابد أن يكون العرف مطردًا، بأن يستمر العمل به بانتظام دون تغيير أو انقطاع في فترة من الفترات من قبل معظم الناس، أما إذا اتبع العرف حينًا وترك حينًا آخر فإن ذلك يعني أنه لم يكن مطردًا ولا مستقرًا، ومن ثم لا يتوافر فيه عنصر الاطّراد(٤).

ثالثًا: المقارنة بين شرائط العرف في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني

هذه أهم الشروط التي تضمنتها النُصوص القانونية المذكورة، وهي تتفق مع الشروط التي اشترطها الفقهاء للأخذ بالعرف، ولكن يلاحظ أن اشتراط القدم في العادة لم ينص عليه القانون اليمني ولكن ذكره فقهاؤه وجعلوه أحد شروط العرف، ومعنى كون العرف قديمًا عندهم: أن يتواتر العمل به زمنًا طويلاً، بحيث يُستدل بهذا التواتر على أن هذا العرف قد تأصل في النفوس(٥)، وأن يكون قد نشأ واستقر السير عليه طويلا حتى يمكن القول بأنه عرف معتاد(٦).

---

(١) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٣٠؛ تاريخ القانون اليمني، جـ١: تاريخ نظم القانون العام، د. عبد الله علي الفسيل، ١٦.

(٢) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٣٠.

(٣) تاريخ القانون اليمني، جـ١: تاريخ نظم القانون العام، د. عبد الله الفسيل، ١٦.

(٤) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٣٠؛ تاريخ القانون اليمني،جـ١: تاريخ نظم القانون العام، د.عبد الله الفسيل،١٦.

(٥) تاريخ القانون اليمني، جـ ١: تاريخ نظم القانون العام، د. عبد الله الفسيل،١٦.

(٦) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد، بن حسين، الشامي، ١٣٠

وأما اشتراط العموم في العرف، فلم يتعرض له القانون اليمني أيضا، ولكن شرحه فقهاؤه[1]، ويقولون: إن معنى اشتراط العموم في العرف: "أن يكون العرف صادرًا من أغلب الناس، وليس معنى ذلك أن يكون شاملاً لجميع أقاليم الدولة؛ بل قد يكون خاصًا بإقليم معين أو بأصحاب مهنة أو طائفة من الناس، كعرف أهل الحرف والصناعات المختلفة"[2]، وهذا يعني أن العرف ينصرف حكمه إلى الكافة دون أن يختص بشخص أو أشخاص معينين بذواتهم[3].

ومن خلال ما سبق يمكن ملاحظة ما يلي: -

١- أن المادة الأولى من القانون المدني حددت مرتبة العرف في القانون اليمني، وهي مرتبة تأتي بعد أن لا يوجد نص في القانون، فيرجع حينئذ إلى العرف، وهذا معناه: أن العرف هو أحد المصادر الرسمية للقانون المدني اليمني[4]؛ ولذلك فإن العرف في القانون اليمني هو المصدر الرسمي الثالث للقانون[5].

وتقدير شرط القدم مسألة موضوعية ومتروك أمرها للقضاء. انظر: [الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٣٠]. أي أن تحديد استمرار تلك المدة للعرف مسألة موضوعية تفصل فيها المحكمة التي تحكم في النزاع المستند إلى العرف، فمتى اقتنعت بقدم العرف حكمت بموجبه. انظر: [تاريخ القانون اليمني، جـ ١: تاريخ نظم القانون العام، د.عبد الله الفسيل،١٦].

(١) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٣٠؛ تاريخ القانون اليمني، جـ١: تاريخ نظم القانون العام، د. عبد الله الفسيل، ١٥.

(٢) تاريخ القانون اليمني جـ١: تاريخ نظم القانون العام، د.عبد الله الفسيل،١٥، ١٦.

(٣) الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، ١٣.

(٤) يقول الدكتور/ الشامي:"يظهر في النصّ أن المصادر الرسمية للقانون أربعة، وهي:(١) التقنين (٢) مبادئ الشريعة الإسلامية (٣) العرف الجائز شرعا (٤) مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة جملة". انظر: [الوجيز في مدخل القانون، ٨٦-٨٧]، والتقنين هو: اختيار الحكم من أقوى الأدلّة الشرعيّة، ووضعه بصيغة قاعدة قانونية مكتوبة بواسطة الجهة المختصة التي منحها الدستور هذا الاختصاص. [نفسه، ٨٨].

(٥) الوجيز في مدخل القانون، د.محمد بن حسين الشامي، ١٢٩.

٢- أن القاضي ملزم بالأخذ بالعرف في حل النزاع بعد البحث في النصوص القانونية المأخوذة من أحكام الشريعة، وبعد الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا ما نصت عليه المادة الأولى من القانون المدني أيضًا التي جاء فيها: "يسرى هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تناولها نصوصه لفظًا ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العرف الجائز شرعًا، فإن لم يوجد عرف فبمقتضى مبادئ العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية جملة"، فهذه المادة تفرض على القاضي وجوب حل النزاع وفقًا للنص، فإن لم يجد نصًا فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، وإلاّ فبالعرف الجائز شرعًا، فإن لم يجد فبمقتضى قواعد العدالة الموافقة لأصول الشريعة الإسلامية[1].

رابعًا: القواعد المتعلِّقة بالعرف والعادة في الشريعة الإسلامية

القواعد المتعلِّقة بالعرف والعادة كثيرة، ولكن البحث يرى أنه يمكن تقسيم تلك القواعد إلى قسمين: قواعد أصولية، و قواعد فقهية، وذلك على النحو التالي: -

القسم الأول: القواعد الأصولية المتعلِّقة بالعرف والعادة

من القواعد الأصولية المتعلِّقة بالعرف والعادة ما يلي: -

١- **"العوائد مُخَصِّصَة للعموم"[2].**

٢- **"يُخَصَّص العموم بالعادة "[3].**

٣- **"العادة تُخَصِّص العموم وتقيد المطلق "[4].**

---

(١) الوجيز في مدخل القانون، د.محمّد بن حسين الشامي ،١١٩.

(٢) تنقيح الفصول، للقرافي، ٢١١.

(٣) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب الحنبلي، ٢٩٧.

(٤) القواعد، للحصني، ١/٣٦٣ وانظر-أيضًا- ما قاله الونشريسي: من أن "العادة عند مالك تقيّد المطلق وتخصّص العام". انظر: [كتابه القواعد، ١٤٢].

هذه القواعد أصولية من جهة أنها تتناول العموم والخصوص والإطلاق والتقييد بالنسبة لألفاظ العقود والتصرفات، وهي صريحة في الدّلالة على أصالة العرف، وأنه يخصص العام، ويقيد المطلق، فيما ليس للشرع حكم فيه، أي أن العرف يخصّص العام ويقيّد المطلق من التصرفات التي ترد على عمومها وعلى إطلاقها، كما لو أطلقت الدراهم أو الدنانير في عقد، أو مهر، أو صلح، أو غير ذلك، فإن اللفظ المطلق ينصرف إلى النقد الغالب المعروف بين المتعاقدين، ويكون العرف مقيدًا للفظ، بناء على العرف[1]، فلو لم يذكر المهر مثلا في عقد النكاح فإنه يحمل على مهر المثل؛ لأن العادة تقتضي التزويج بالمهر[2].

ولكن إذا ورد للشرع حكم فإن الحكم الشرعي يقدم على العرف، وهذا يسمى: "تعارض العرف مع الشرع"[3]، ومعناه: أن يكون للعرف دلالة تخالف دلالة الشرع[4]، وهذا التعارض نوعان:-

أحدهما: أن لا يتعلق بالشرع حكم، فيقدم عليه عرف الاستعمال[5]، ومعناه: أنه إذا لم يكن للشرع حكم في شيء - ولكن للشرع تسمية غير التسمية التي غلبت في عرف الاستعمال - فإن الاتباع يكون للعرف، لعدم تعلق الحكم بالشرع[6]، كمن حلف أنه لا يأكل لحمًا ثم أكل السمك، فإنه لا يحنث بأكل السمك وإن سماه الله لحما[7]، فالشرع يسمي السمك لحمًا، لكن العرف يسمي السمك سمكًا، فالتعارض هو في التسمية لا في

---

(١) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٣/ ٧١.

(٢) قواعد الحصني، ١/ ٣٩٠- ٣٩١.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/ ٢٠٤.

(٤) تقريرات فضيلة الشيخ جاد الرب، رمضان إمحاضرات في كلية الشريعة، جامعة الأزهر، كتبها عنه سماعا: محقق كتابه "الأشباه والنظائر"، للسيوطي: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، بهامش الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/ ٢٠٤، هامش(١)].

(٥) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/ ٢٠٤.

(٦) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/ ٢٠٤؛ تقريرات جاد الرب رمضان، بهامش(١) بحاشية الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/ ٢٠٤.

(٧) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/ ٢٠٤.

الحكم فيقدم العرف[1]؛ رفعًا للحرج وتيسيرًا على الناس في تحكيم أعرافهم.

والثاني: أن يتعلق بالشرع حكم، فإذا تعارض العرف مع الشرع - بأن أفاد الشرع حكمًا وأفاد العرف حكمًا آخر - فإن الاتباع يكون لحكم الشرع فيقدم على عرف الاستعمال[2]؛ لأننا مكلفون من الشارع باتباع أحكام الشرع[3]؛ ومثال ذلك: أن من حلف لا يَنكح ثم عقد نكاحًا فإنه يحنث بالعقد لا بالوطء[4]، لأن النكاح في الشرع يكون بالعقد، والعرف قد يُطلق على من وَطأ أنه نَكح، وما دام لفظ النكاح قد تعلق به حكم شرعي فإن تسمية الشرع للنكاح تُقدَّم على تسمية العرف[5]، وتقديمًا لحكم الشرع على حكم العرف فإن اللفظ إذا كان يقتضي العموم والشرع يقتضي الخصوص فالمعتبر هو خصوص الشرع[6]، وهذا يعني: أنه لا عبرة للفظ العرف المطلق في تخصيص العام وتقييد المطلق فيما فيه حكم من الشرع، وإنما يكون تقييد العرف للألفاظ المطلقة وتخصيصه لعمومها في التصرفات التي يقيد العرف ألفاظها؛ مثل بيان معرفة النقود المتعامل بها مثلا، فإن النقود عند إطلاق العقود وعدم ذكرها تنصرف إلى المتعارف، أما إذا كان اللفظ المتعارف عليه مخصَّصًا بالشرع فإن العبرة بتخصيص الشرع؛ ومثاله: لو أوصى الموصي لأقاربه وأطلق اللفظ فإن الورثة لا يدخلون في الوصية عملاً بتخصيص الشرع، إذ لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ[7]، مع أن

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢٠٤/١.

(٢) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٣) تقريرات جاد الرب رمضان، بهامش(١) بحاشية الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢٠٥/١.

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢٠٤/١.

(٥) تقريرات جاد الرب رمضان، بهامش(١) بحاشية الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢٠٥/١.

(٦) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢٠٦/١.

(٧) السابق، ٢٠٦/١. هذا هو نص حديث نبوي، فقد رواه عبد الرزاق، في المصنف، عن عمرو بن خارجة، قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»، كتاب الوصايا، باب: لا وصية لوارث، والرجل يوصي بماله كله، حديث رقم (١٦٣٧٦) ٧٠/٩، وأخرجه ابن أبي شيبة في المصنف، كتاب الوصايا (١٨٤٩)، باب: ما جاء في الوصية للوارث، حديث رقم (١٠٧٦٦) ١٤٩/١.

العرف يحكم بأن لفظ الأقارب يشمل الورثة وغيرهم، لكن الشرع أخرج الورثة من الوصية.

القسم الثاني: القواعد الفقهية المتعلِّقة بالعرف والعادة

القواعد الفقهية التي تتعلق بالعرف والعادة تتنوع تبعًا لأنواع القواعد الفقهية، فمنها ما يدخل في القواعد الكلية الكبرى، ومنها ما يدخل في القواعد غير الكبرى؛ ولذلك فإنه يمكن تصنيف القواعد الفقهية المتعلِّقة بالعرف والعادة إلى الأنواع التالية: -

النوع الأول: القاعدة الكبرى "العادة مُحكَّمَة" [1]

هذه القاعدة هي إحدى القواعد الكبرى[2]، وهي تعني: أن العادة جعلها الشارع حَكَمًا في التصرفات، وأنها تعتبر مرجعًا في كثير من الأحكام التي لم يرد فيها نص، وهذا هو معناها الإجمالي. وأما تفصيلاً: فإن معنى: "محكمة": أن الشرع حكَّمها فهي كالحَكَم ولذلك فهي معمول بها شرعًا، بنى الله عليها الأحكام وربط بها الحلال والحرام[3]، ومعنى تحكيم الشرع لها: أن الشرع جعلها حَكَمًا في تصرفات الناس بما هو معتاد متعارف[4]، ولابد في العادة التي يُحكم بها في تصرفات الناس أن تكون قوية ويغلب العمل بها، وإلاّ فإنها تكون منخرمة.

ويظهر أن القاعدة بهذه العبارة تتضمن شروط اعتبار العادات في الأحكام،

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٠١؛ الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٢٢٥؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٩٣، جامعة الفوائد في الضوابط والقواعد، لأبي طاهر السواكني، ١١؛ غاية المأمول في علم الفروع والأصول، للبطاشي، ١/٣٤٧؛ فصول الأصول، لخلفان السيابي، ٣٥٨.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٩٣.

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي، ٤/١٨٤٢.

(٤) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٤٠.

والتي منها: الغلبة إن لم يكن الاطِّراد، والقوة التي تُستمد من استمرار العمل بها، وهذا ما وضحه محمد علي بن حسين بن إبراهيم المالكي بقوله: "العادة المحكّمة، ما تحقق فيها شرطان؛الشرط الأول: الاطِّراد، فلا تعتبر العادة المضطربة. الشرط الثاني: أن لا تتعارض مع شرع يتعلق به حكم. مثلاً: إذا أوصى الموصي لأقاربه، لم يدخل ورثته عملاً بتخصيص الشرع، إذ لا وصية لوارث.

والعادة الغير المُحكَّمَة ما انتفى عنها أحد الشرطين المذكورين؛ أما الأول فلأن المضطربة لم تتقرر بين الناس حتى تعتبر، وأما الثاني فلمعارضتها لأحكام الله تعالى ورسوله ﷺ"[1]، فهذا الكلام واضح الدّلالة في أن من شرط اعتبار العادة: اطّرادها، وعدم معارضتها لأحكام الشرع؛ ولهذا يمكن القول: إن معنى قاعدة: "**العادة مُحكَّمَة**" هو:أن العادة جعلها الشارع حكَمًا في تصرفات الناس عند اطّرادها أو غلبتها، وعدم معارضتها لحكم شرعي، وبناءً على كثرة الأحكام الشرعيَّة المعتبر فيها العرف والعادة فقد أُطلق على هذه القاعدة: قاعدة "**اعتبار العادة والرجوع إليها**"[2]، بمعنى: أن العادات معتبرة في بناء الأحكام.

النوع الثاني: قواعد كلية عامة

وهذا النوع يمثله قواعد كلية عامة وردت باعتبار العرف كأنه منصوص عليه، وبأن العرف كالشرط، ومن هذه القواعد ما يلي: -

١ - "**العرف يجري مجرى النطق**"[3]: ومعناها: أنه إذا ثبت العرف وتقرَّر بين الناس فإنه يعمل به وإن لم يذكر في التصرفات، فإذا تعارف الناس على شيء وكان

---

(١) تهذيب الفروق والقواعد السنية في الأسرار الفقهية، بهامش كتابي: الفروق، للقرافي، وإدرار الشروق، لابن الشاط، ١٩٠/٣.

(٢) قواعد العلائي، ٣٩٩/٢؛ قواعد الحصني، ٣٥٧/١؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، طبعة الموصل، ٢٥٢/١، ٦٠٠/٢.

(٣) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٢٧٨/٢.

صحيحًا فإن تعارفهم عليه يقوم مقام التلفظ به؛ كوجوب التعامل بنقد البلد في المعاملات وإن لم ينص في التعامل على ذلك النقد[1]؛ لأن العرف يقوم مقام النص، ولذلك تنصرف التعاملات المطلقة المرتبطة بالنقود إلى نقد البلد بناء على العرف.

٢ – "**الشرط العرفي كالشرط اللفظي**"[2]، ومثلها: "**المعروف عرفًا كالمشروط شرعًا**"[3]، فهاتان القاعدتان معناهما: أن العرف إذا استقر وغلب في تعامل من التعاملات فإنه يقوم مقام الشرط، فمن دفع ثيابه إلى من يغسلها له فإنه يكون ملزمًا بدفع أجرة الغسال، بناءً على أن العرف كالشرط، وكوجوب التعامل بنقد البلد عند إطلاقه[4].

النوع الثالث: قواعد خاصة

وهذا النوع يمثله قواعد وردت بنص خاص في العرف؛ كالنص على جريان العرف في المعاملات، والنص على خصوصية العرف تبعًا لاختلاف البلدان، ومن أمثلة تلك القواعد: "**المطلق من العقود ينصرف إلى العرف والعادة عند المتعاقدين**"[5]، و:"**العرف كالمنطوق به حال العقد**"[6]، فهاتان القاعدتان تفيدان أنه إذا جرى التعامل في العقود ولم يذكر فيها شيء ممًّا استقر عليه العرف فإن ما جرى به العرف يدخل في العقد، بناء على أن العرف كالمشروط في العقد، ومثال ذلك: الرجوع إلى النقد المتعارف عليه في العقود عند إطلاق النقد[7]؛ ومثاله أيضًا: أنه إذا

---

(١) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية ، ٢٨٨/٢.

(٢) السابق، ٣/٣.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٠٣

(٤) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٣/٣.

(٥) السابق، ٧١/٣.

(٦) نبذة مختصرة من كتاب شذور الذهب في تحقيق المذهب، لعبد الله بن الحسين دلامة، في مقدمة شرح الأزهار، لابن مفتاح، ١٨/١.

(٧) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٧١/٣.

جرى العرف بأن يقوم بائع الحطب بإيصاله إلى منزل المشتري فإن البائع يكون ملزمًا بذلك كأنه مشروط؛ لجريان العرف بذلك، ومثاله أيضًا: جريان العرف في أكثر مناطق اليمن بدخول المسقى في بيع الأرض؛ ولذلك يكون المَسقى تبعًا للأرض، وإذا تنازع المشتري والبائع في ذلك فإنه يقضى بدخوله تبعًا لبيع الأرض، لجريان العرف بذلك.

خامسًا: موقف القانون اليمني من القواعد المتعلِّقة بالعرف والعادة

لمعرفة موقف القانون اليمني من القواعد المتعلِّقة بالعرف والعادة لا بد من الرجوع إلى النصوص السابق ذكرها في القانون المدني اليمني، التي تدل على إعمال العُرف في تطبيق القانون، ومنها ما يلي: -

١- ما نصَّت عليه المادة الأولى من هذا القانون: من أنه "يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظًا ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون، فإذا لم يوجد حكم القاضي بمقتضى العُرف الجائز شرعًا..."

٢- ما جاء في المادة رقم (١٢) من نفس القانون من أن: "الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيتها ما أقره الشرع، ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه، ما لم يخالف حكم الشرع من تحليل حرام أو تحريم حلال..."

٣- ما جاء في نفس المادة من القانون ذاته من أن: "كلّ حكم مبني على عرف أو عادة يتغير بتغير ذلك العرف ويزول بزوال تلك العادة".

سادسًا: المقارنة بين قواعد العرف والعادة في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني.

بمقارنة تلك النُصوص القانونية مع القواعد الأصولية والفقهية المتعلِّقة بالعُرف والعادة في الشريعة الإسلامية، يمكن استخلاص ما يلي: -

١- أن القانون المدني لم ينص صراحة على القواعد الأصولية المتعلقة بتخصيص الألفاظ العامّة للعقود وللتصرفات، وتقييد مطلقها بالعادات والأعراف، ولكن لمّا كانت المادة الأولى من القانون المدني تنص على أن العرف الذي يلجأ إليه القاضي هو "العرف الجائز شرعًا "؛ فإن هذا يدل بإشارته على أن للعرف دورًا في تخصيص الألفاظ العامّة في العقود والتصرفات وتقييد مطلقها وتفسيرها؛ لأن العلماء يجيزون ذلك، كما مر من القواعد.

٢- أن القاعدة الفقهية: "**العادة مُحَكَّمَة**" وإن لم يرد النّصّ عليها صراحة في القانون اليمني، إلا أن الإشارة إليها مفهومة من خلال إلزام القانون اليمني للقاضي بتطبيق العرف للوقائع المنظورة أمامه، وهذا واضح من خلال ما ذكرناه آنفا.

٣- أن القانون اليمني نص صراحة على ما يشبه القواعد الكلية العامّة التي ذكرها الفقهاء من أن "**العرف يجري مجرى النطق**"، وهذا واضح من خلال ما جاء في صدر المادة رقم (١٢) من القانون المدني التي نصّت على أن: "الأصل في المعاملات وأنواعها وكيفيتها ما أقره الشرع، ثم ما جرى به عرف الناس وتراضوا عليه..."، فمفهوم هذا النّصّ أن العرف بمثابة المنطوق به، وأن تعارف الناس على الشيء الجائز شرعًا يقوم مقام المشروط شرعًا؛ ولهذا جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني – عن هذه المادة –: أن " كلّ ما ينشأ بين الناس من الأعراف الصالحة التي لا تخالف الشرع بتحليل حرام أو تحريم حلال يكون جائزًا شرعًا"[1]، كما أن ما ورد في آخر هذه المادة من أن: "كل حكم مبني على عرف أو عادة يتغير بتغير ذلك العرف ويزول بزوال تلك العادة" يدل على أن للعرف خصوصية هي التغير والتبدّل باختلاف الأزمان والبلدان.

٤- أن القواعد المتعلّقة بالعرف والعادة في الشريعة الإسلامية أوضح دلالة وأوجز عبارة عماّ هي عليه في القانون اليمني.

---

(١) الكتاب الأول من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني،١٥.

المبحث الرابع

أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالعرف والعادة في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني

من الأمثلة التطبيقية لقواعد تحكيم العرف والعادة في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني ما يلي: -

أولاً: التطبيق في خطبة النكاح

نصت المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة – على أن: "الخطبة هي التقدم من الراغب أو من يقوم عنه إلى ولي المرأة لطلب التزوج بها..."، كما نصَّت المادة الرابعة من نفس القانون على أن "(١) لكل من الخاطبين العدول عن الخطبة.(٢) إذا كان العدول من جانب المخطوبة وجب عليها رد الهدايا بعينها إذا كانت قائمة، وإلا فمثلها أو قيمتها يوم القبض، وإذا كان العدول من جانب الخاطب فلا يجب إعادة الهدايا إليه.(٣) إذا انتهت الخطبة بالوفاة أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه أو بعارض حال دون الزواج فلا يسترد شيء من الهدايا المستهلكة عادة"، فهاتان المادتان تذكر أولاهما طبيعة الخطبة، بينما تذكر ثانيتهما أثر العدول عن الخطبة في الهدايا.

وبتطبيق قواعد تحكيم العرف والعادة على النَّصّ القانوني الأول المتعلق بطبيعة الخطبة، يمكن القول: إن القانون اليمني حينما عرف الخطبة بأنها: "التقدم من الراغب أو من يقوم عنه إلى ولي الأمر لطلب التزوج بها" فإنه لم يحدد كيفية معينة لذلك الطلب، وهذا معناه: أنه ترك تحديد تلك الكيفية للأعراف والعادات، فطلب النكاح يختلف باختلاف الأعراف؛ ولذلك نجد أن خطبة المرأة في الاصطلاح

الشرعي تعني: "طلب نكاحها"[1]، دون تقييد ذلك بكيفية معينة، وفي ذلك سعة للأخذ بالأعراف؛ إذ لو قُيِّدت الخطبة بكيفية معينة لوقع الناس في حرج ومشقة، ومما يرجِّح الاعتماد على الأعراف والعادات في كيفية طلب المرأة للتزوج بها هو أنه يرجع إلى الأعراف والعادات في عقد البيع الذي يختلف عن خطبة النكاح من جهة أنه تعاقد لا وعد بعقد – كما هو الشأن في الخطبة – حيث ينعقد بالإيجاب والقبول، كقول البائع: أعطيتك بكذا، أو خذه بكذا، أو ملكتك بكذا، وقول المشتري: أخذت، أو قبلت، أو رضيت، أو أمضيت؛ لأن كل ذلك يدل على معنى القبول والرضا، والعبرة للمعاني، كما أن البيع والشراء ينعقد بالتعاطي في الأشياء غير الثمينة فيما جرت به العادة؛ لأنه يدل على الرضا المقصود من الإيجاب والقبول[2]، فإذا كان العرف محكمًا في طبيعة الإيجاب والقبول في عقد البيع، فإنه من باب أولى يكون محكمًا في خطبة النكاح التي هي مجرد وعد بالعقد وليست عقدًا.

وبتطبيق قواعد تحكيم العرف والعادة على النَّصّ القانوني الثاني المتعلق بأثر العدول عن الخبطة على حكم الهدايا بين الخاطبين، يمكن القول: إن القانون اليمني قد حكّم العرف والعادة في ذلك حيث اعتبر الهدايا المستهلكة عادة لا تسترد إذا انتهت الخطبة بدون سبب من أحد الخاطبين – كوفاة أحدهما مثلاً – أما إذا كان العدول عن الخطبة من قبل الزوج فإنه يرد هدية مخطوبته، وإذا كان العدول من قبلها فعليها رد هدية خاطبها، ويرجع وجه تحكيم الأعراف والعادات في الهدايا بين الخاطب ومخطوبته إلى أن العادات تختلف في شأن الهدايا من حيث النوع والمقدار، فيعتبر في ذلك اختلاف عادات النواحي فيعمل أهل كل ناحية بعرفهم في الهدايا[3]؛ويرجع في استردادها عند العدول عن الخطبة إلى الأعراف، فإذا اختلفا في ذلك ورفع الأمر إلى القضاء فإنه يُقضى بينهما بحسب الأعراف؛ لأن العرف

---

(١) تحرير التنبيه، للنووي، ٩٥.

(٢) المختار والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ٢/٤.

(٣) المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، ٢/٤٠٩؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٩٧.

كالشرط يُقضى به لمن طلبه[1]، إلاّ أنه يشترط لتحكيم العرف في الهدايا: أن يكون مُطردًا، كما إذا بعث الشخص هدية في ظرف فإنّ رد ظرف الهدية من عدمه معتبر بالعادة، فإن لم تطرد العادة برد وعاء الهدية – كعلبة الحلوى مثلاً – فإن الوعاء يُعتبر هدية تحكيمًا للعرف المطرد، وإن جرت العادة برد ظروف الهدايا وأوعيتها وكان الوعاء ثمينًا فإنه يكون أمانة في يد المهدى إليه كالوديعة؛ لعدم استقرار العرف على أن الوعاء يتبع الهدية[2]، كما يقبل في الهدية – أيضًا – قول الصبي للحاجة إلى ذلك ولاطّراد عادة الناس على ذلك[3]، وبمقتضى هذا الشرط القاضي باطّراد العرف في شأن الهدايا فإن تحكيم العرف في هدايا الخاطبين لا يكون إلا باطّراد العرف واستقراره، فإن اختلف العرف في ذلك فلا مانع من الحكم باستردادها على من تسبب في العدول، وذلك من باب رفع الضرر عمّن لم يتسبب في ذلك العدول.

وبناء على ذلك فإن البحث لا يتفق مع ما ذهب إليه أحد الباحثين[4] من أن القول بتعويض المضرور عند العدول عن الخطبة قول ينافي حقيقة الخطبة؛ باعتبار أن الخطبة هي مجرد وعد بالزواج وليست عقدًا ملزمًا؛ لأن مثل هذا القول يدحضه قول النبي ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»[5]، فحيث إنّ هذا الحديث النبوي يمثّل قاعدة عامة فإن العمل به يقتضي النظر إلى الخطبة من جهة أن الضرر والضرار في شريعة الإسلام بدون وجه حق منتفيان.

ثانيًا: التطبيق في عقد النكاح

نصت المادة رقم (٤٨) من قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م على أن: "الكفاءة معتبرة في الدين، والخلق، وعمادها التراضي...".

وتطبيقًا لقواعد تحكيم العادات والأعراف على هذا النصّ القانوني المتعلّق

---

(١) مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ٢٧٧.

(٢) المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، ٢/٤٠٩؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٩٧.

(٣) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود، ٤/١٦٣.

(٤) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيَّة، د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، ١٥، ١٦.

(٥) سبق تخريج الحديث ص...١٢٠ من هذا البحث.

بالكفاءة في النكاح، يمكن القول: إن القانون اليمني لم يفسر معنى الكفاءة في النكاح لأنها تختلف باختلاف العادات والأعراف؛ ولذلك اقتصر القانون على ذكر أمرين معتبرين في الكفاءة؛ هما: الدين، والخلق، ويمكن تفسير عدم تحديد القانون اليمني للأمور التي تتحقق بها الكفاءة والاكتفاء بذكره للدين والخلق على أنه قد ترك تحديد أمور الكفاءة إلى العرف، ليدخل في ذلك: الكفاءة في الأنساب، والحرف – وهي كل عمل يزاوله الإنسان لكسب رزقه من صناعة، ووظيفة، وتجارة، وزراعة، وغير ذلك – فالكفاءة في الحرفة لها أهميتها في الأعراف؛ فإن الرجل صاحب الحرفة الخسيسة لا يكون كفوًا لامرأة أبوها صاحب حرفة شريفة، ومرد كون الحرفة شريفة أو خسيسة هو العرف؛ لأن هذا ممًا يختلف باختلاف الزمان والمكان، ولذلك فإن الكفاءة في الحرفة تتحقق إذا كانت حرفة الزوج مقاربة لحرفة أبي الزوجة من حيث شرفها ووضعها.

غير أنه ولمًا كانت العادة محكَمة في الشريعة الإسلامية فإن الكفاءة بين الزوجين يرجع فيها إلى العادات والأعراف؛ لاختلاف الأقاليم والبلدان في أوصاف الكفاءة وفي كون تلك الأوصاف معرة أو لا[١]، وبمقتضى تحكيم العادات في الكفاءة في النكاح فإن الشريفة إذا تزوجها دنيء الحرفة فإنها تعيَّر بذلك ويغيظها هذا، فالمصالح إنما تتم بين المتكافئين غالبًا، فتشترط الكفاءة ليتم المقصود من النكاح؛ ولذلك كان من أوصاف الكفاءة: الدين، والتقوى؛ فبنت الرجل الصالح لو تزوجت فاسقًا لعُيِّرت بذلك، كما أن الناس يعيرون بالدنيء من الصنائع، ولذلك لا يكون صاحب الحرفة الدنيئة في عرف الناس – كالكناس، والدباغ، والقمام – كفؤًا لبنت صاحب الحرفة الشريفة؛ كالقاضي وغيره[٢].ولما كانت الشريعة تدعو إلى مكارم

---

(١) القواعد، للونشريسي، ١٤٣؛ المجموع المذهب، للعلائي، ٤١٠/٢؛ القواعد، للحصني، ٣٦٣/١-٣٦٤.

(٢) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٩٨/٣، ٩٩.

الأخلاق فإن العرف إذا جرى في بعض البلاد باعتبار الكفاءة على أساس الأنساب إلى الظلمة والتفاخر بذلك فإن هذا عرف غير معتبر[1]؛ لما فيه من تأييد الظلم والظلمة.

ويرجع تحكيم العرف والعادة في أوصاف الكفاءة في النكاح إلى أن مسألة الكفاءة بعيدة الغور في النفس البشرية والمجتمعات الإنسانية؛ ولأن عدم اعتبارها يسبب النزاع والخصام بين الزوجين، وقد يؤدي إلى الفرقة بينهما، كما أن عقد الزواج لا تقتصر آثاره على الزوجين؛ بل يمتد إلى أقاربهما، فإذا لم تكن الكفاءة معتبرة بحسب الأعراف فإن العقد قد يكون معرضًا لخطر الانهدام، وحيث إنَّ العرف لا يُعيِّر الزوج بزوجته إذا كانت أدنى منه منزلة بل على العكس يرفع من شأنها ويعلي من مقامها فإن الجانب الذي تعتبر فيه الكفاءة هو جانب الزوج دونَ جانب الزوجة؛ لأن المرأة بخلاف الرجل تُعيَّر هي وأولياؤها بالتزوج ممن هو دونها في المنزلة، هذا من جانب، ومن جانب آخر: فإن للرجل أن يتخلص من زوجته بالطلاق في أي وقت، فيتمكن من دفع الضرر عن نفسه، وهذا بخلاف الزوجة فإنها لا تستطيع الطلاق، ولكنها تستطيع التخلص من زوجها برفع الأمر للقضاء طالبة التطليق عند قيام سبب يدعوها لذلك.

ونظرًا لأهمية الكفاءة في استمرار النكاح وعدم تعرض الزوجة للازدراء والاحتقار عند أهل وطنها إن هي تزوجت بكفؤ لها، فإن اعتبار الكفاءة في النكاح أمر يجب على الأولياء الحرص عليه، كما يجب على القاضي الحرص عليه أيضًا في حال عَضْل الأولياء أو فقدهم، أي أنه تجب الكفاءة مطلقًا، أيًا كان المزوج أو غيره؛ لأن في التزويج من غير كفء ضررًا على المرأة وعلى أوليائها[2]، ولذلك فإن المرأة إذا أذنت لغيرها في تزويجها وأطلقت ذلك الإذن بأن لم تذكر فيه كفاءة، فإن إذنها يحمل على التزويج بكفء وينصرف كلامها المطلق في الإذن أو التوكيل.

---

(١) المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، ٤٢٤/٢.

(٢) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، وتيسير التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر ٢٨٩/٢.

بالتزويج إلى المتعارف، بحيث يكون الولي أو الوكيل مقيدًا بتزويجها حسب العرف؛ لأن هذا هو المتبادر إلى الأفهام، تنزيلاً للعرف والعادة الغالبة منزلة صريح اللفظ، فكأنها قالت: أذنت لك – أو وكلتك بتزويجي – بكفء حسب العرف[1].

ثالثًا: التطبيق في المهر

١ – التطبيق في طبيعة المهر عند عدم تسميته

نصت الفقرة الأولى من المادة رقم (٣٣) المعدلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة على أن المهر: " إذا لم يسم، أو سمي تسمية غير صحيحة، أو نسي ما سمي بحيث لم يعرف، وجب مهر المثل"، وكانت الفقرة الثانية من المادة رقم (١٨) من نفس القانون قد اشترطت على القاضي إذا قام بترويج المرأة أن يزوجها بمهر المثل، كما اشترطت ذلك – أيضًا – على الأولياء، حيث نصَّت على ذلك بالقول: "إذا عضل ولي المرأة – أي عن زواجها – أمره القاضي بتزويجها، فإن امتنع أمر القاضي من يليه من الأولياء الأقرب فالأقرب بتزويجها، فإن فقدوا أو عضلوا زوجها القاضي بكفء ومهر مثلها".

وبتطبيق قواعد تحكيم العادات والأعراف على هذين النصين يمكن القول: إن القانون اليمني أطلق مهر المثل ولم يحدد مقداره وذلك عند وجوبه؛ كما إذا لم يسم المهر في عقد النكاح، أو سمي تسمية غير صحيحة، أو نسي ما سمي بحيث لم يعرف، ففي هذه الحالات يجب مهر المثل، كما يجب على القاضي والأولياء عدم تزويج من لهم عليهن ولاية بأقل من مهر المثل، وهو ما يعني أن القانون اليمني حينما أطلق كلمة: "مهر المثل"، فإنه أرجع تفسير هذا الإطلاق إلى العرف؛ من حيث مقداره، ومن حيث تخفيفه أو تثقيله، فيرجع في ذلك إلى العادات والأعراف مع عدم

---

(١) المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، ٤١٠/٢؛ القواعد، للحصني، ٣٦٣/١- ٣٦٤.

المغالاة في المهور، تيسيرًا على الأزواج وتكثيرًا لفرص الزواج.

وتحكيمًا للعرف والعادة قال العلماء: إنه يرجع في تقدير المهور إلى العادات والأعراف[1]، وقالوا أيضًا: إنه إذا أطلق المهر في عقد النكاح ولم يتعين مقداره فإنه يتقيد بمهر المثل لاقتضاء العرف ذلك[2]، ومهر المثل: هو المهر المعتبر بنساء عشيرة أبي الزوجة؛ كأخواتها، وعماتها، وبنات عمها، فيراعى في المهور مهر أقارب المرأة المراد تزويجها لتقاس عليهن، فإن لم يوجد نساء من عشيرة أبيها فمن الأجانب، تحصيلاً للمقصود بقدر الوسع[3]، ويعتبر مهر المثل بامرأة هي مثل الزوجة في السن، والحسن، والبكارة، والبلد، والعصر، والمال؛ لأن المهر يختلف باختلاف هذه الأوصاف، ولأن الرغبات تختلف بحسب هذه الأوصاف، فإن لم يوجد نساء من عشيرة أبي الزوجة ولا من الأجانب ممن هي مثلها في الأوصاف المذكورة فإنه يكون بحسب الموجود؛ لأنه يتعذر اجتماع هذه الأوصاف في امرأتين فيعتبر بالموجود منها [4].

كما أن المرأة إذا أذنت لغيرها في تزويجها – أو وكلت فيه شخصًا – و أطلقت ذلك الإذن أو التوكيل بأن لم تذكر فيه شأن المهر فإن إذنها المطلق وتوكيلها المطلق يحملان على التزويج بمهر المثل المتعارف عليه؛ لأن هذا هو المتبادر إلى الأفهام، تنزيلاً للعرف والعادة الغالبة منزلة صريح اللفظ، فكأنها قالت: أذنت لك، أو وكلتك بتزويجي بمهر المثل[5]؛ لأن "**الإذن العرفي يجري مجرى الإذن اللفظي**"[6]،

---

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود، ٢/١٢٣، ٣/٩٩؛ المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، ٢/٤١٠؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٩٩؛ القواعد، للحصني، ١/٣٦٣- ٣٦٤؛ إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٣/٣، ٦٨، ٧١، ٢/٢٧٨؛ الطرق الحكمية، للمؤلف نفسه، ٨٦، ٨٧.

(٢) تيسير التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر، ٢/٢٩٦؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢/٢٧٨، ٣/٣.

(٣) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود، ٣/١٠٨.

(٤) السابقان، الجزء نفسه والصفحة نفسها.

(٥) المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، ٢/٤١٠؛ القواعد، الحصني، ١/٤٦٣- ٤٦٤.

(٦) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٣/٦.

ولأن التزويج بلا ذكر مهر يوجب مهر المثل[١].

كذلك يرجع إلى العادات في معرفة نوع المهر، فيعتبر بنقد البلد المتعارف التعامل به، فإذا لم يذكر نوع المهر في العقد فإنه يتقيد بنقد البلد الذي جرت العادة بالتعامل به؛ لأن المطلق من العقود ينصرف إلى العرف والعادة عند المتعاقدين، فيكون العرف مقيّدًا لنوع النقد وصفته وإن لم يتلفظ به في العقد، لجريان التعامل بالنقد الغالب، فيكون ذلك النقد بمنزلة المنطوق به[٢]؛ إذ "**الشرط العرفي كالشرط اللفظي**"[٣]، و"**العرف يجري مجرى النطق**"[٤]، وبناء عليه: فإن العادة إذا تغيرت في التعامل بالنقد إلى نقد آخر، فإن المطلق من المعاملات يحمل على النقد المتجدِّد دون ما قبله، ويلغى النقد الأول لانتقال العادة عن التعامل به إلى غيره[٥].

وتحكيمًا للعادات والأعراف فإن الزوجين إذا تنازعا في مقدار المهر المسمى – أو نسيا تسميته – فإنه يُحكَّم مهر المثل، ويرجّح قول من يتمسك به؛ لأن الظاهر يشهد لمن يشهد له مهر المثل؛ نظرًا إلى المعتاد، ولأن الحكم بغير مهر المثل في هذه الحالة قد يلحق أذى بالأولياء، وذلك بتعييرهم بقبولهم أقل من مهر المثل، ولأن القول في الدعوى عند عدم البيّنة قول من يشهد له الظاهر فيصار إليه، والظاهر المعتاد هو مهر المثل فلذلك يحكّم [٦].

٢ – التطبيق في أوقات دفع المهر

نصت المادة رقم (٣٤) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيّة على أنه: "يجوز تعجيل المهر أو تأجيله، كله أو بعضه..."، فهذه المادة

---

(١) تيسير التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر، ٢٩٦/٢.
(٢) إعلام الموقّعين، لابن القيم، ٢٧٨/٢، ٣/٣، ٦٨، ٧١.
(٣) السابق، ٣/٣.
(٤) السابق، ٢٧٨/٢.
(٥) السابق، ٦٨/٣، ٧١.
(٦) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود، ١٢٣/٢.

ذكرت أنه يجوز تعجيل المهر أو تأجيله، كله أو بعضه، وهذا تطبيق لقواعد تحكيم العادات والأعراف الجارية بذلك؛ لأن هذا ممَّا يختلف باختلاف البلدان والأزمان، فيجري في بعضها دفعه مؤجلاً، وفي بعضها دفعه معجلاً، وفي البعض الآخر دفع بعض المهر معجلاً وبعضه مؤجلاً؛ لذلك كله كان وقت دفع المهور راجعًا للأعراف والعادات الجارية بذلك[1]، كما أن وقت المطالبة بالصداق ممَّا يرجع فيه العادات والأعراف؛ لاختلاف العادات والأعراف في وقت دفع المهور، وقد مَثَّل ابن قيم الجوزية لذلك بقوله: "العادة جارية بين الأزواج بترك المطالبة بالصداق إلا بالموت أو الفراق، فجرت العادة مجرى الشرط"[2].

رابعًا: التطبيق في حقوق الزوج

نصت المادة رقم(٤٠) المعدلة بالقرار الجمهوري رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة اليمني في فقراتها: الثانية، والثالثة، والرابعة، على ما يجب للزوج على زوجته من حق الطاعة فيما يحقق مصلحة الأسرة، ومن تلك الواجبات – بحسب الفقرة الثانية –: "تمكينه منها صالحة للوطء المشروع" – وبحسب الفقرة الثالثة: "امتثال أمره في غير معصية والقيام بعملها في بيت الزوجية مثل غيرها"، ومن تلك الواجبات على الزوجة لزوجها أيضًا ما ذكرته الفقرة الرابعة: "عدم الخروج من منزل الزوجية إلا بإذنه، أو لعذر شرعي، أو ما جرى العرف بمثله ممَّا ليس فيه الإخلال بالشرف ولا بواجباتها...".

ولكن قبل توضيح دلالة العرف في هذه الفقرات أود الإشارة إلى أن الله تعالى قد أمر بالمعاشرة بالمعروف بالزوجين في قوله: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [3]،

---

(١) الاختيار، لعبد الله محمود بن مودود، ٣/٩٩؛ مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ٢٧٧؛ الموافقات، للشاطبي، ٣٨٩؛ الطرق الحكمية، لابن قيم الجوزية، ٨٦، ٨٧.

(٢) إعلام الموقعين، ٣/٧١.

(٣) من الآية ١٩ من سورة النساء.

فيجب على كل من الزوجين أن يؤدي إلى الآخر حقوقه بطيب نفس وانشراح صدر، فللرجل على زوجته أن يتمتع بها، وأن تقوم بالأعمال الخفيفة بالمنزل؛ كالفرش، والكنس، والطبخ، وأن لا تخرج من منزله إلا بإذنه، أو بإذن الشارع[1].

وبتطبيق قواعد تحكيم العرف والعادة في حقوق الزوج على زوجته في التمتع، وخدمته في منزله من الأعمال الخفيفة، وعدم الخروج من منزله إلا بإذنه أو بإذن الشارع، يمكن القول: إن القانون اليمني قد جعل للعرف مجالاً في عدة أمور في هذه الحقوق، منها:ـــ

الأمر الأول: دور العرف في تمتع الزوج بزوجته: لكل من الزوجين التمتع بالآخر بالوطء لقضاء الشهوة وتحصيل الولد[2]، فعلى المرأة تمكينه من نفسها، وعلى الزوج حقٌ في بدنه لزوجته وهو العشرة والمتعة بوطئها؛ ودور العرف في ذلك: هو أنه يجب على الزوج وطء زوجته بالمعروف على قدر قوته وحاجتها، وللرجل عليها أن يتمتع بها متى شاء ما لم يضر بها أو يشغلها عن واجب، فلذلك يجب عليها أن تمكنه من الوطء[3]، وكل ذلك بالمعروف؛ إذ لو كان في ذلك تقدير لأدّى إلى الحرج والمشقة بين الزوجين.

الأمر الثاني: دور العرف في بيان خدمة الزوجة في منزل زوجها: خدمة المرأة لزوجها داخل البيت؛ من العجن، والخبز، والكنس، والفرش، معتبر بالعرف فتكون هذه الأعمال الخفيفة واجبة على الزوجة إن جرى العرف بذلك[4]، بأن كانت عادة أهل بلد الزوج قيام الزوجات بمثل هذه الأعمال، إلاّ إذا كان الزوج ممن لا يستخدمون نساءهم، أو لم تكن الزوجة أهلاً للقيام بالأعمال الخفيفة – لمرض

(١) السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ١٦٥، ١٦٦.
(٢) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ٤/١٦٣.
(٣) السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ١٦٦.
(٤) إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ١٦١؛ السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ١٦٦.

أو عجز – فخدمة الزوجة لزوجها ليست مطلقة، وإنما هي في الشغل الخفيف، ولذلك لا يلزم المرأة التكسب والقيام بالأشغال الثقيلة التي تشق عليها عادة.

ووجه اعتبار العادة في قيام الزوجة بخدمة زوجها فيما خف من الأعمال: هو أن الشرع لم يقدّر تلك الخدمة؛ لما صحّ عَنْ عَائِشَةَ رضي الله عنها أَنَّهَا قَالَتْ: كُنْتُ أَغْتَسِلُ أَنَا وَالنَّبِيُّ ﷺ مِنْ إِنَاءٍ وَاحِدٍ كِلاَنَا جُنُبٌ، وَكَانَ يَأْمُرُنِي فَأَتَّزِرُ فَيُبَاشِرُنِي وَأَنَا حَائِضٌ، وَكَانَ يُخْرِجُ رَأْسَهُ إِلَيَّ وَهُوَ مُعْتَكِفٌ فَأَغْسِلُهُ وَأَنَا حَائِضٌ[1]، فقد جاء في شرح هذا الحديث: أن " فيه جواز استخدام الرجل امرأته فيما خف من الشغل واقتضته العادة"[2]؛ ولذلك يمكن القول: إن عمل المرأة في بيت زوجها مضبوط بأن يكون فيما خف من الأعمال، وأن تكون العادة جارية بذلك، وأن يكون العمل في بيت الزوجية لخدمته وأولاده، مع مراعاة أن العشرة بالمعروف تقتضي استئجار الزوج خادمًا في البيت إذا كانت حالته المالية ومستواه الاجتماعي يسمحان بذلك، وإن لم يسمحا بذلك فعلى الزوجة خدمته فيما خف من الأعمال.

الأمر الثالث: دور العرف في الحد من خروج المرأة من بيت زوجها: من حق الزوج على زوجته: القرار في بيته وعدم الخروج من منزله إلا بإذنه، أو بإذن الشارع[3]، وللعرف دور في جواز خروج المرأة من بيت زوجها لزيارة محرم مريض، فهذا من الأحوال التي يعتبر فيها خروج الزوجة من مسكن الزوجية بدون إذن زوجها جائزًا؛ لجريان العرف بذلك[4]، كما أنّ للمرأة من باب أولى الخروج

---

(١) أخرجه البخاري واللفظ له (٦) كتاب الحيض (٥) باب مباشرة الحائض، حديث رقم (٢٩٥) ١/١١٥؛ وأخرجه الترمذي، عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: كَانَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِذَا حِضْتُ يَأْمُرُنِي أَنْ أَتَّزِرَ ثُمَّ يُبَاشِرُنِي. قَالَ: وَفِي الْبَابِ عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ وَمَيْمُونَةَ. قَالَ أَبُو عِيسَى: حَدِيثُ عَائِشَةَ حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ. أبواب الطهارة (٩٩) باب ما جاء في مباشرة الحائض، حديث رقم (١٣٢) ١/٢٣٩.
والمراد بالاتزار: أن تشد المرأة أزرًا تستر به سرتها وما تحتها إلى الركبة فما تحتها. والمباشرة هي مباشرة فرج الحائض [شرح صحيح مسلم، للنووي، ٥/٢٠٨].

(٢) إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ١٦١.

(٣) السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ١٦٦.

(٤) دراسات في الأحوال الشخصيّة(بحوث فقهية مؤصلة) أ.د محمد بلتاجي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ط١، ١٤٢٧هـ – ٢٠٠٦م، ١٤٨.

لرعاية أحد أبويها أو كليهما إن كان أحدهما أو كلاهما مريضا، ولها أن تتعهده أو كلاهما بالرعاية، وتقيم عنده أوكلاهما بقدر الحاجة، ولذلك فإن خروج المرأة من بيت الزوجية يجب أن يكون محدوذا قدر الإمكان؛ لأن قرار المرأة في البيت من أسباب استقرار الحياة الزوجية، فخروجها من بيتها بدون إذن زوجها من غير عذر قد يؤدي إلى إثارة المشاكل بين الزوجين، كما قد يرتاب الزوج في سلوك زوجته، ممّا قد يؤدي إلى هدم الحياة الزوجية؛ ولذلك كله فإن حسن المعاشرة بين الزوجين يتطلب القيام بالحقوق بالمعروف؛ لأن من أهداف الزوج أن يسكن كل من الزوجين إلى صاحبه، ولهذا وجب أن تسود بينهما المعاشرة الحسنة، وأن يتغاضى كل منهما عن الهفوات التي تصدر من الآخر، والله تعالى يقول: ﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾ [١].

خامسًا: التطبيق في حقوق الزوجة

نصت المادة (٤١) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م في فقرتيها: الأولى والثانية – على أنه "يجب على الزوج لزوجته، ما يلي:(١) إعداد سكن شرعي ممّا يليق مثله من مثله (٢) نفقة وكسوة مثلها من مثله"، فهذا النصّ ذكر أنّ من واجبات الزوج لزوجته: النفقة، والكسوة، والسكن الشرعي؛ والأصل في وجوب[٢] ذلك كثير من الآيات؛ كقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ﴾[٣]، وقوله تعالى: ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾[٤]، وقوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ [٥]، وقوله ﷺ لهند امرأة أبي سفيان: «خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ

(١) من الآية ٢١ من سورة الروم.

(٢) الاختيار، لابن مودود الموصلي، ٣/٤؛ أحكام القرآن، لابن العربي، ١٨٤١/٤، ١٨٤٢؛ إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ٦٥٤؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢٧٥/٤.

(٣) من الآية ٦ من سورة الطلاق.

(٤) من الآية٧ من سورة الطلاق.

(٥) من الآية٢٣٣ من سورة البقرة.

بِالْمَعْرُوفِ»[1]؛ فلولا وجوب النفقات على الأزواج لما أمر الرسول ﷺ هندًا بالأخذ من مال زوجها أبي سفيان بالمعروف[2]، كما أن المرأة لو لم تستحق النفقة على الزوج لماتت جوعًا مع احتباسها عنده[3].

وبتطبيق قواعد تحكيم العرف والعادة على واجبات الزوج في الإنفاق على زوجته، وكسوتها، وسكناها، يُمكن القول: إن القانون اليمني لم يحدد مقادير معينة ولا كيفيات معينة للإنفاق والكسوة والسكن، بل جعل ذلك بحسب مثل أمثال الزوجة؛ وبما يليق من مثل أمثال الزوج لمثل زوجته، وهذا يعني أن القانون اليمني جعل للعرف دورًا في تحديد مشتملات النفقات، والكسوات، والسكن، الواجبات على الزوج لزوجته، وكذلك الشأن في المقادير، والكيفيات المتعلّقة بذلك؛ لأن النفقات - وهي الشيء المتعلق بحاجة الإنسان من طعام وشراب وكسوة[4] - تختلف باختلاف البلدان، والطباع، والأزمنة، والأمكنة، والأشخاص، وليس لذلك تقدير في الشرع، فكان العرف هو المرجع[5] في تقدير كل ذلك وبيان نوعه وكيفية أدائه؛ لأن هذا مستفاد من قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [6]، فهذه الآية تفيد أن النفقة ليست مقدرة شرعًا، وإنما تتقدر عادة بحسب حالة المنفق والمنفق عليه، فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة[7]، فيُنظر في الإنفاق إلى قدر حاجة المنفق عليه وإلى حالة

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٦١٩ من هذا البحث.

(٢) الاختيار، لابن مودود الموصلي، ٤/٣.

(٣) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٤) سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٣/١١٦٠.

(٥) المختار، والاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصلي، ٤/٣ - ٨؛ أحكام القرآن، لابن العربي، ٤/١٨٤١، ١٨٤٢؛ نهاية المحتاج، للرملي، ٧/١٨٨؛ السياسة الشرعية، لابن تيمية، ١٦٥، ١٦٦؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٤/٢٧٥؛ سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٣/١١٦١؛ نيل الأوطار، للشوكاني، ٧/١٢٢، ١٢٣.

(٦) من الآية ٧ من سورة الطلاق.

(٧) أحكام القرآن، لابن العربي، ٤/١٨٤١، ١٨٤٢.

المنفق، فإن كانت حالته ميسورة فإن النفقة تفرض بحسب يساره، بما يلبي حاجة المنفَق عليه، وإن قصُرت حالة المنفِق عن حاجة المنفَق عليه، قُدرت بقدر احتمال المنفق[1]؛ ولذلك فإن نفقة الزوج على زوجته تقدر بحال الزوج وبقدر كفاية الزوجة، فيجب على الزوج أن يطعم زوجته ممَّا يأكل، ويكسوها ممَّا يكتسي[2]، وكل ذلك مقدر بحسب العرف؛ لقوله ﷺ لهند امرأة أبي سفيان: «**خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ**»[3]، فالمراد بالمعروف في الحديث: "القدر الذي عرف بالعادة أنه الكفاية"[4]؛ لأن العشرة بالمعروف تنفي تقدير النفقات والكسوات، فكان هذا الحديث دليلاً على أن الكفاية هي الواجبة في النفقات من غير تقدير، وفيه – أيضًا – إعلام بأنه لا يجب إلا ما تعورف عليه من الإنفاق كلّ على قدر حاله[5]؛ لأن ما لم يقدره الله ورسوله من الحقوق الواجبة فالمرجع فيه إلى العرف[6].

وتتمثل أهمية الرجوع إلى العرف في تقدير النفقات والكسوات والسكن في مراعاة الطباع البشرية التي تختلف في الأقوات والكسوات والسكن، فليس بلد الخصب كبلد الجدب، وليس بلد الرخاء كبلد الغلاء، وليس حال الموسر كحال المعسر، وليس الإنفاق وقت الرخص كالإنفاق وقت الغلاء[7].

وتحكيمًا للأعراف والعادات فإنه إذا رفع نزاع بين الزوجين إلى القضاء في تقدير النفقات فإن القاضي يجتهد في تقدير ذلك بحسب العرف؛ لأن القاضي لا

---

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله محمود بن مودود، ٣/٤، ٤؛ أحكام القرآن، لابن العربي، ١٨٤١/٤؛ السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ١٦٦.

(٢) سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ١٠٢٨/٣؛ نيل الأوطار، للشوكاني، ١٢٢/٧.

(٣) الحديث سبق تخريجه، ص٦١٩ من هذا البحث.

(٤) نيل الأوطار، للشوكاني، ١٢٣/٧.

(٥) سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ١١٦١/٣، ١١٦٥.

(٦) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٢٧٥/٤. سبل السلام، للصنعاني، ١١٦٦/٣.

(٧) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٤/٤.

يجد للنفقة تقديرًا في الشرع، ولاختلاف ذلك باختلاف أحوال البلدان والأزمنة وعادة الزوجين؛ وعلى القاضي أن يراعي عند فرض النفقات والكسوات حال الزوج من اليسار والإعسار، لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾(١)، فهذه الآية تفيد - كما يقول ابن العربي -: "أن النفقة ليست مقدرة شرعًا، وإنما تتقدر عادة بحسب الحالة من المنفق والحالة من المنفق عليه، فتقدر بالاجتهاد على مجرى العادة... وينظر المفتي إلى قدر حاجة المنفق عليه، ثم ينظر إلى حالة المنفق، فإن احتملت الحاجة أمضاها عليه، وإن قصرت حالته عن حالة المنفق عليه ردها إلى قدر احتمال حاله"(٢).

وحيث إنَّ تقدير النفقات يكون بالاجتهاد بحسب الأعراف، وبقدر حاجة المنفق عليه، وقدرة احتمال المنفق، فإن الزوجة إذا طلبت نفقة أو كسوة أو سكنًا أزيد من عادة أمثالها فإنه لا يُلتفت لطلبها، وإذا طلب الزوج أنقص ممَّا جرت به عادة أمثالها من مثله فإنه لا يلتفت إلى طلبه أيضًا؛ بل يعمل بما جرت به عادة أمثالها من مثله، مع مراعاة وسع الزوج، فإذا كان فقيرًا لا قدرة له إلا على أدنى كفاية من الإنفاق والكسوة والسكن فإنه يعمل بقدر حاله، فالعبرة بذلك(٣)، وإن كان الزوج غنيًّا والزوجة فقيرة فإن القاضي يستجيب لطلبها ويقدر لها من النفقة والكسوة والسكن بقدر حال الزوج، وإن كانت الزوجة غنية والزوج فقيرًا لا يقدر على الإنفاق بمستوى الزوجة الغنية فإن النفقة والكسوة والسكن لا تُرفع إلاّ إلى الحالة التي يقدر عليها؛ أي أن النفقة في هذه الحال تكون وسطًا، بلا تقتير ولا إسراف(٤).

ولَمّا كان الغرض من النفقات هو سد حاجة المنفق عليه فإن حاجيات الإنفاق تشتمل على الدهن والزيت والمشط ومؤن التنظيف؛ كالصابون وغيره، فهذه

---

(١) من الآية ٧ من سورة الطلاق.

(٢) أحكام القرآن، ١٨٤١/٤.

(٣) نيل الأوطار، للشوكاني، ١٢٢/٧.

(٤) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٤/٤.

الحاجيات ممّا تختلف الأعراف والعادات في تقديره، كما أن الكسوات تختلف صيفا وشتاءً، وتفصيل مشتملات ذلك يختلف باختلاف عادات الأشخاص والبلدان، ولكن مع مراعاة أن لا يكون في تلك الكسوات أذى أو ضررٌ من حرّ أو برد، كما يرجع إلى الأعراف والعادات في أوقات دفع النفقات والكسوات؛ فلذلك قيل: يُفرض للزوجة النفقة كل شهر وتسلم إليها، والكسوة كل ستة أشهر وتسلم إليها؛ لأنه يتعذر القضاء بالنفقة كل ساعة أو كل يوم فتقدر بالشهر؛ لأنه الوسط؛ ولأنه يحتاج إلى الكسوة كل ستة أشهر باختلاف الحر والبرد، فلذلك قدرت بستة أشهر[١]، وقيل: تجب النفقات والكسوات يومًا بيوم وفصلاً بفصل أو كل وقت اعتيد فيه التجديد، ودائمًا بالنسبة للمسكن[٢].

وبالرجوع إلى النصّ القانوني الآنف الذكر الذي نص على أن من واجبات الزوج على زوجته: "إعداد سكن شرعي ممًا يليق مثله من مثله"، و "نفقة وكسوة مثلها من مثله"، نجد أن هذا النصّ لم يفصل مواصفات معينة لسكن الزوجية ولا للنفقة ولا للكسوة، بل اكتفى بوصف ذلك بأن يكون ممًا يليق من مثل الزوج لمثل زوجته، وهذا يعني أن القانون اليمني قد ترك تقدير النفقات والكسوات بحسب الأعراف والعادات الجارية بذلك، غير أنه لمّا كانت نفقة الزوجية تختلف فيما تشتمله تفصيلاً باختلاف الأعراف والحاجات وظروف الناس، ولمّا كانت هناك أمور هي مقتضيات الإنفاق؛ كمصاريف العلاج، والدّواء، فهي الآن "من مقتضيات العصر التي لا يكاد يستغني عنها إنسان، وهي تكلّف مالاً ذا قيمة معتبرة، قد يقع بسببه النزاع بين الزوجين"[٣]؛ فإن النُصوص قد تركت تحديد الأمور التفصيليّة في النفقة الزوجية للأعراف الصحيحة العادلة التي تتغير فيها بعض المضامين والمعطيات بتغير الزمان

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٤/٤.
(٢) نهاية المحتاج، للرملي، ٢٠٢/٧.
(٣) دراسات في الأحوال الشخصيّة، د. محمد بلتاجي، ١٦٧.

والمكان والظروف، مع ثبات الأمور الرئيسية التي تتضمنها هذه النفقة، وهي: السكن، والطعام، والكسوة، وهذا يتفق مع روح المودة والرحمة التي ينبغي أن تقوم بين الزوجين.

ومن مظاهر اعتبار العادات في السكن: أن السكن قد يكون دارًا مفردة، وقد يكون ضمن عمارة أو بيوت، فهذا ممَّا يتغير بتغير الأزمان والأماكن؛ ولذلك فإن للزوج أن يُسكن زوجته في دار مفردة بين قوم صالحين ليعينوها على مصالح دنياها، وإن أبت أن تَسكن مع ضرتها – وهي امرأة زوجها سميت بذلك لأنها تتضرر بها، أومن المضارة لأنهما تتضاران[1] – أو مع أحد من أهلها فإن لها ذلك، فإن أخلى الزوج لها سكنًا منفردًا وجعل له مرافق ومغالق على حدة فليس لها أن تطلب بيتًا آخر[2].

سادسًا: التطبيق في الهبات

نصت المادة رقم (٢٠٥) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة اليمني على أن: "الجهاز للعروس يأخذ حكم العرف،وهو: ما يقدمه العريس أو غيره للعروسة"،

فهذا النصّ جاء صريحًا في إرجاع أحكام جهاز العرس إلى العرف والعادة؛ لأن ذلك ليس مقدرًا بمقدار شرعي، فلذلك يكون تجهيز المرأة للعرس بحسب المعتاد والمتعارف عليه لمثلها[3].

ويظهر أثر تحكيم العرف والعادة في جهاز العروس في حسم بعض الخلافات المتعلّقة به، من ذلك: أن الأب إذا جهز ابنته جهازًا ودفعه لها، ثم ادعى أنه عارية عندها لا ملكًا لها ولا بينة له على دعواه فإن العرف هو المحكم في ذلك، فإذا

---

(١) تحرير التنبيه، للنووي، ٢٨٧.

(٢) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٤/٨.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٠٩.

كان العرف جاريا ومستمرا على اعتبار الجهاز المدفوع منه لها ملكا لها لا عارية عندها فإن الجهاز يعد ملكًا لها اعتمادا على العرف، وإنْ كان العرف جاريًا عند بعض الناس أنّ الجهاز يعد ملكًا للبنت لا عارية وجارٍ عند البعض الآخر أنه تمليك لها فإنّ المعتمد هو العرف الغالب في البلد عند أكثر الناس وغالبيتهم، فإنْ كان العرف الغالب عندهم أن ما يدفعه الأب من الجهاز لابنته يعد ملكًا لها لا عارية عندها فإنّ الجهاز يعد ملكًا لها لا عارية عندها، وإن كان العرف الغالب عند الناس أن ما يدفعه الأب من الجهاز لابنته يعد عارية لا ملكًا لها فإنّ الجهاز يعد عارية، وهذا اعتمادا على العرف الغالب، ولذلك فإنه إذا ماتت الزوجة، واختلف زوجها مع أبيها في الجهاز بأن ادعى الأب أنه عارية عند ابنته وادعى الزوج أنه ملكٌ لزوجته فإن العرف الغالب يشهد لأحدهما، إلا أنه لمَّا كان الغالب بين أكثر الناس أن ما يدفعونه من الجهاز يعد ملكًا لبناتهم فإن القول قول الزوج؛ لأن الظاهر شاهد له، ولأن المعروف عرفًا كالمشروط شرعًا[1].

كما يظهر أثر تحكيم العرف والعادة في جهاز العروس في الحفاظ على أموال الأيتام والقُصَّار، فإن الوصي أو القيم إذا أراد أحدهما تجهيز المرأة التي تحت ولايته وإشرافه فإن هذا الجهاز يكون محكومًا بحسب المعتاد، فإذا حدث أن ادعى الوصي أو القيم شراء جهاز فوق المعتاد فإن قوله لا يقبل ويكذبه الظاهر وهو مخالفة العرف بشراء جهاز فوق المعتاد، ويقبل قوله في ذلك إذا لم يكذبه الظاهر المعتاد، وكل ذلك حرصًا على مصلحة من هم تحت الولاية بعدم إهدار أموالهم؛ ولذلك فإن تصرفات الوصي في القانون اليمني مشروطة بإذن القاضي إذا كانت تزيد على المعتاد، وفقًا للمادة رقم (٢٨٢) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة، التي نصَّت على ذلك بقولها: "كل ما يغرمه الوصي في حفظ مال القاصر والدفاع عنه يحسب على القاصر، ويشترط تجويز القاضي فيما خالف المعتاد

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٠٨، ١٠٩.

أو زاد على المثل"، فهذا واضح في أن تصرفات الوصي الزائدة عن المعتاد لا بد فيها من إذن القاضي، حرصًا على مصلحة القاصر، وسيتضح هذا من خلال الفقرة (٣) من البند التالي: –

سابعًا: التطبيق في الوصايا

من أمثلة تطبيق قواعد تحكيم العرف والعادة في الوصايا في قانون الأحوال الشخصيّة اليمني ما يلي: –

١ – التطبيق في الموصى له.

نصت المادة رقم (٢٤١) – المعدلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيّة – على أن: "الإيصاء بأفضل أنواع البر يحمل على الجهاد، أو على العلم، أو سائر المبرات، والمرجع هو الظروف ومقتضيات الأحوال".

وبتطبيق هذا النصّ على قواعد تحكيم العرف والعادة، يمكن القول: إن قانون الأحوال الشخصيّة اليمني قد حكّم العرف في تفسير الوصايا المطلقة، كما إذا أوصى الموصي وصية وأطلقها في أنواع البر دون تحديد جهة البر، فإن المرجع في تقييد هذا الإطلاق هو العرف بحسب الظروف ومقتضيات الأحوال؛ لأن العرف يختلف باختلاف الأحوال والأزمنة والأمكنة، وحيث إنّ الوصية عمل من أعمال البر فإنه يصح أن يكون الموصى له جهة من الجهات؛ كأماكن العبادات، والمنشآت الخيرية؛ كالمصالح، والملاجئ، وجهات البر بشكل عام، كما تصح الوصية لمعاهد العلم، والجامعات، والمكاتب العامّة، وغيرها، ممّا يكون خيرها عائدًا على كافة الناس، ويكون الصرف على الجهات على حسب شرط الموصي المفهوم من عبارته بالدّلالة اللغوية أو العرفية[1]، ما لم يكن شرطًا غير جائز – كشرط الصرف على

---

(١) شرح قانون الوصية –دراسة مقارنة لمسائله، وبيان لمصادره الفقهية– محمد أبو زهرة، ملتزم الطبع والنشر: دار الفكر العربي، القاهرة، ط٢، ١٤٢١هـ – ٢٠٠١م، مطبعة المدني، المؤسسة السعودية بمصر، القاهرة، ٧٢.

المـلاهي، وغير ذلك – فإن لم يعين الموصي طريقًا للصرف على الجهات بعدم ذكرها فإن الوصية تصرف على عمارة الجهات التي ذكرها وعلى مصالحها وفقرائها وكل ما يعد مصرفًا متعلقًا بتلك الجهة[1]، فإذا أوصى الموصي شيئًا للموصى له وأطلق اللفظ فإن وصيته تحمل على العرف، فلو أوصى بشيء لمسجد فإن وصيته تحمل على العرف وتتقيد بذلك، ويكون مقتضى الوصية عمارة المسجد ومصالحه بناء على العرف[2].

وتحكيمًا للعرف والعادة في هذا الجانب، فإنه يرجع إلى العرف في تفسير ألفاظ الوصايا المطلقة، وذلك من خلال معرفة المراد من ألفاظ الموصي، حيث تعتبر ألفاظه بحسب ما اعتاده من تلك الألفاظ في بلده؛ لأن عرف الموصين والواقفين يفهم من لفظهم ومن عرف أهل بلد كلٍّ منهم[3]، ولهذا ضبط الفقهاء هذا الأمر بقاعدة خاصة، هي أنّ "ألفاظ الواقفين تبنى على عرفهم"[4]؛ ونظرًا لأهمية إعمال الأعراف والعادات في الوصايا والأوقاف والحاجة إلى ذلك فإن ابن قيم الجوزية تحت عنوان: (على المفتي أن يرجع إلى العرف في مسائل) قال: "لا يجوز له أن يفتي في الإقرار، والأيمان، والوصايا، وغيرها، ممّا يتعلق باللفظ بما اعتاده هو من فهم تلك الألفاظ دون أن يعرف عرف أهلها والمتكلمين بها فيحملها على ما اعتادوه وعرفوه"[5].

ولمّا كان تحكيم العرف مقيدًا بأن لا يكون العرف مخالفًا لحكم شرعي فإن ألفاظ الموصين والواقفين المطلقة إنما تحمل على العرف إذا لم يكن اللفظ المتعارف عليه مخالفًا لحكم شرعي، فإن خالف حكمًا شرعيًا فإنه لا يعمل به، ولذلك فإن

---

(١) شرح قانون الوصية، محمد أبو زهرة، ٧٢.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٠٢؛ المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، ٤١٢/٢؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٩٩/٢؛ القواعد، للحصني، ٣٦٦/١.

(٣) المنثور في القواعد، للزركشي، ١١٤/٢، ١١٦؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢٠٩/١، ٢١٠.

(٤) الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٢٢٥.

(٥) إعلام الموقعين، ١٧٧/٤.

الموصي إذا أوصى لأقاربه وأطلق لفظ الوصية بأن جعلها للأقارب دون تخصيص قريب بعينه (أو أقارب بعينهم) فإن الورثة لا يدخلون في تلك الوصية، عملاً بتخصيص الشرع للعرف؛ إذ ليس للوارث وصية في الشرع وإن كان الوارث من الأقارب؛ لأن الشرع نص على أن: «لاَ وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[1]، فلذلك يعتبر خصوص الشرع حتى وإن جرى اللفظ العرفي بدخول لفظ الورثة في الأقارب؛ فتخصيص الشرع يقدم على عموم العرف[2].

٢- التطبيق في الموصى به

نصت المادة (٢٤٦) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢ بشأن الأحوال الشخصيَّة اليمني على أن:"الإيصاء بشيء أو بجزء غير معين معلق على تفسير الورثة".

وبتطبيق هذا النصّ على قواعد تحكيم العرف والعادة، يمكن القول: إن القانون اليمني قد حكَّم العرف في تحديد الشيء الموصى به إذا تعذر على الموصي بيانه، حيث يرجع في تفسير ذلك إلى الورثة؛ لأنه لا بد من ملاحظة لفظ الموصي والقرائن اللفظيَّة والعرفية التي قارنت إنشاء الوصية عند تنفيذها[3]؛ فالوصية شرعت للتوسعة على الموصي، ليتدارك ما عساه يكون قد فاته من واجبات أو ليكافئ من يكون قد أسدى إليه معروفًا أو ليسد حاجة من يكون في حاجة إلى العون من أقاربه غير الوارثين، وفي كثير من الأحوال تكون الوصية في وقت لا يتسع للتوضيح وبيان الغرض كاملاً؛ ولذلك تعطى الوصية حكم التيسير والتوسعة، تسهيلاً على الموصي، بحيث إذا أوصى بالمجهول فإن للورثة رفع التجهيل ببيان ذلك المجهول وتفسيره؛ لأنهم خلفاء مورثهم فيقومون مقامه فيما فاته من بيان، ولأنهم أقرب الناس

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص٦٣٤ من هذا البحث.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٠٦؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١١٢/٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢٠٦/١؛ القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٢٩٩.

(٣) شرح قانون الوصية، محمد أبو زهرة، ٨٧

إليه وأدناهم منه فهم أعرف بمقاصده وغاياته ومراميه ولذلك يوكل البيان إليهم، فإذا قال الموصي: أوصيت لفلان بجزء من مالي أو بشيء منه كان للورثة أن يعطوه أي قدر شاء ممّا يحتمله اللفظ، وإن أوصى الموصي بشيء من ماله ولم يكن له وارث كان البيان لولي الأمر؛ باعتبار أن التركة ستئول إلى بيت المال عند عدم الوارث، ولأن ولي الأمر ولي من لا ولي له[1].

وكذلك لو أوصى الموصي بأن يُتخذ طعامٌ للناس بعد وفاته ويُطْعَم الذين يحضرون التعزية ثلاثة أيام مثلاً، فإن هذه الوصية تفسَّر على أن المراد بها: الذين يحضرون التعزية من مكان بعيد ويطول مقامهم في التعزية، سواء أكانوا أغنياء أم فقراء[2]؛ لأن العرف جرى بإطعام مَنْ جاء من مكان بعيد، تيسيرًا عليه من عناء السفر ومشقة إطعام نفسه.

٣ – التطبيق في ولاية الوصي

الوصي – طبقًا لنص المادة رقم (٢٥١) المعدلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيّة –: "هو الذي يقيمه المورث في تركته لتنفيذ وصاياه أو لقضاء ديونه أو استيفائها أو لرعاية قصاره وأموالهم أو لكل ذلك"، ومن الأحكام المتعلِّقة بالوصي: ما نصَّت عليه المادتان: رقم (٢٨٣) ورقم (٢٩٠) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م. بشأن الأحوال الشخصيَّة، حيث نصَّت المادة رقم (٢٨٣) على أنه:"لا يصح للوصي التبرع من مال القاصر إلا فيما جرى به العرف من رد تبرعات أو هبات كانت قد وصلت إلى والده في الأعراس والموت ونحو ذلك، بما لا يجحف"، ونصت المادة رقم (٢٩٠) على أن: "القول في التصرف قول الوصي فيما ظاهره المصلحة وذلك كالشراء وبيع سريع الفساد والمنقول غير

---

(١) شرح قانون الوصية، محمد أبو زهرة ، ١١٨.

(٢) الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود الموصلي، ٨٣/٥.

النفيس والإنفاق المعتاد، وأما فيما عدا ذلك فالظاهر عم المصلحة، وعلى الوصي البيّنة للحصول على موافقة المحكمة...".

وبتطبيق قواعد تحكيم العرف والعادة في تصرفات الوصي يمكن القول: إن القانون اليمني قد حكّم العرف في تصرفات الوصي في مال القاصر بالنسبة لرد التبرعات أو الهبات التي كانت قد وصلت إلى والده في الأعراس والموت والمناسبات ونحو ذلك، بما لا يجحف؛ لأن من الأعراف الغالب استحسانها في أغلب أنحاء اليمن أن يتعاون أقارب الشخص وأحبابه وأصدقاؤه معه في تكاليف عرسه أو عرس أحد أبنائه، كما يتعاونون مع الشخص عند موت أحد أقاربه، ويتمثل هذا العون في تقديم تبرعات أو هبات نقدية، وعلى هذا الشخص الذي سبق إعانته أن يقدم العون عند وجود مناسبات مماثلة لمن قدم له العون في حالات الأعراس والمناسبات، بل إن العرف يعيب على الشخص إذا قبل معونة في مناسبة ما ولم يقم بالعون لمن قدم له العون، خصوصًا إذا كان هذا الشخص من أشراف الناس ومن أصحاب المال والجاه؛ ولذلك فإن العادة جارية في أغلب مناطق اليمن أن الشخص إذا قبل تبرعات أو هبات في أعراس أو موت أو أية مناسبات ثم حدث أن مات ذلك الشخص؛ فإن أولاده وأقاربه يقومون برد مثل هذه الهبات والتبرعات إلى من كان قد أوصل إلى والدهم أو قريبهم مثل هذه الهبات والتبرعات.

ويبدو أن القانون اليمني قد حكّم العرف حينما أجاز لولي القاصر أن يقوم برد مثل التبرعات أو الهدايا التي كانت قد وصلت إلى والد القاصر في الأعراس أو الموت أو نحو ذلك من المناسبات؛ وذلك لجريان العرف بذلك، وحتى لا يكون القاصر موضع ازدراء واحتقار وامتهان عند الناس إن لم يقم وليه بذلك، ولكن بشرط عدم الإجحاف حتى لا يتضرر القاصر بذلك، كما أن القانون اليمني قد قيّد تصرفات الوصي بالنسبة لمال القاصر بحسب العرف، وذلك كتقييد بيعه لأموال القاصر بما كان سريع الفساد؛ كالخضروات، والفواكه، فإنها ممّا جرى العرف باعتبارها سريعة الفساد، ولذلك فإن بيعها عن القاصر خير له من إبقائها؛ لما في ذلك من نفع للقاصر بثمنها، إضافة إلى أن إنفاق الوصي على القاصر مقيد بالإنفاق المعتاد؛ لأن العرف محكّم في النفقات بوجه عام؛ ولأن الزيادة في الإنفاق المعتاد قد يؤدي إلى الإضرار

بالقاصر أو إهلاك ماله، ولذلك يقبل قول الوصي في الإنفاق المعتاد، ولا يقبل قوله فيما زاد على ذلك؛ اعتمادا على العرف؛ ولذلك قال ابن القيم: "يقبل قول الوصي فيما ينفقه على اليتيم إذا ادعى ما يقتضيه العرف، فإذا ادعى أكثر من ذلك لم يقبل قوله"[١].

ثامناً: التطبيق في المواريث

نصت المادة رقم (٣٠٢) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيّة في فقرتها (أ) على أنه يقدم في تركة الميت:"إخراج مؤن التجهيز من الموت إلى الدفن..."، فهذا النصّ لم يذكر صراحة الرجوع إلى العرف بالنسبة لتقديم مؤن تجهيز الميت من تركته على غيره من الحقوق – كالدين والميراث مثلاً – ولكن لما كانت مؤن التجهيز تختلف من مكان إلى آخر من حيث الكلفة فإن هذا الإطلاق يمكن تقييده بما جرت به العادات؛ لأن مؤن تجهيز الشخص من الموت إلى الدفن تكون على قدر المؤن المعتادة؛ فالكفن مثلاً يكون من جنس اللباس المستعمل عادة من غير مغالاة أو مفاخرة فيه[٢]، ووجه الرجوع إلى العرف في تقدير مؤن التجهيز: هو أن تلك المؤن غير محصورة في نوع محدود؛ فقد جرى العرف على أن من مشتملات التجهيز: شراء صندوق للميت، ونقله به من مكان موته إلى مكان دفنه، واستئجار مركبة لنقله إذا كانت المقبرة بعيدة عن مكان موته، وغير ذلك، كما أنه يلحق بذلك مؤن العزاء التي تختلف بحسب العادات والأعراف من مكان إلى آخر، ومن قومٍ إلى آخرين، ومن زمانٍ إلى آخر، ولعلّ أثر تحكيم العرف والعادة في تقدير مؤن تجهيز الميت بحسب المعتاد يظهر عند حدوث نزاع في المستقبل يتعلق بذلك، كما لو ادعى من قام بتجهيز الميت الزيادة على المعتاد في ذلك، وطالب الورثة بهذا الزائد، فإنه لا يقبل قوله؛ لأن الظاهر يشهد للورثة، والظاهر أن مؤن التجهيز تكون بقدر المعتاد.

---

(١) الطرق الحكمية، ٣٢.

(٢) نيل الأوطار، للشوكاني، ٤/٦٢، ٦٣.

المبحث الخامس

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالعرف والعادة في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني

من خلال ما سبق عرضه من الأمثلة التطبيقية لقواعد تحكيم الأعراف والعادات في قانون الأحوال الشخصيَّة، وأثر ذلك في حسم كثير من المنازعات المتعلّقة بين الزوجين من أمور الخطبة إلى حقوق كل منهما، إلى غير ذلك، أو تلك المنازعات المتعلّقة بالأوصياء أو الهبات أوالمواريث، يمكن أن نستخلص من كل ذلك أوجه الإفادات التالية: -

أولاً: أن هذه القواعد تفيد في الاستناد إليها قضاءً في تصديق قول أحد المتداعيين إذا لم توجد بينة لأحدهما، وفي رفض بعض الدعاوى التي يكذبها العرف

وهذا واضح من حسم كثير من النزاعات وفقًا للأعراف، كما سبق في الأمثلة التطبيقية، كما يتضح ذلك من خلال عدم سماع الدعوى التي يكذبها العرف وتنفيها العادة، كما لو أتت المرأة بعد سنين متطاولة في العشرة مع زوجها تدعي عليه أنه لم يكسها في شتاء ولا صيف، وأنه لم ينفق عليها شيئًا، فهذه الدعوى لا تسمع لتكذيب العرف والعادة لها، ولا سيما إذا كانت فقيرة والزوج موسر[1]؛ لأن "كلّ دعوى يكذبها العرف وتنفيها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة، قال الله تعالى: ﴿وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[2]"[3]، وعن دور العرف في تكذيب الدعاوى يقول ابن القيم: "ومعلوم أن من كانت دعواه ينفيها العرف فإن الظن قد سبق إليه في دعواه بالبطلان، كبقال يدعي على خليفة أو أمير بما لا يليق بمثله شراؤه أو تطرق تلك الدعوى

---

(١) الطرق الحكمية، لابن القيم، ١١٩.

(٢) من الآية ١٧ من سورة لقمان.

(٣) الطرق الحكمية، لابن القيم، ١١٨.

عليه... أو يدعي رجل معروف بالفجور وأذى الناس على رجل مشهور بالديانة والصلاح أنه نقب بيته وسرق متاعه، فتسمع دعواه ويستحلف له، فإن نكل قضي عليه...أو يدعي رجل على رجل مشهور بالخير والدين أنه تعرض لزوجته أو لولده أو لقريبه بكلام قبيح أو فعل، فلا تسمع دعواه ويعزر المدعي بذلك"[١].

ثانيًا: أن هذه القواعد تفيد في تقييد بعض التصرفات المطلقة

وهذا واضح من خلال تحكيم الأعراف وما جرت به العادات في الوكالات المطلقة في الأنكحة، فإذا وكل شخص آخر بتزويجه دون أن يذكر امرأة معينة، لا باسم، ولا بوصف، ولا أسرة معينة، ولا بقدر من المهر، فإن العرف يحكّم في ذلك ويكون مقيدًا لهذه الوكالة المطلقة، فيجب على الوكيل مراعاة الكفاءة والمصلحة، يستوي في ذلك وكيل الزوج ووكيل الزوجة، فإذا وكلت المرأة غيرها في تزويجها وكالة مطلقة فزوجها الوكيل من غير كفء فإن العقد يتوقف على إجازتها، وكذلك إذا وكل الزوج غيره بتزويجه وكالة مطلقة، فزوجه الوكيل بأكثر من مهر المثل، فإن العقد يكون موقوفًا على إجازة الزوج، أي أن العرف يفيد في فهم مضمون التصرفات المطلقة؛ فالتوكيل مثلاً في قبض المهر قد جرى العرف – بالنسبة للأب والجد – بقبض مهور بناتهم[٢]، وبناء على ذلك يمكن استنتاج ما يلي: –

١– أن العرف يعتبر كاشفًا للدليل الحقيقي في الوقائع، وذلك من جهة تخصيصه العام، وتقييده المطلق، ذلك أن النصّ القانوني إذا ورد عاما أو مطلقا ووجد العرف الذي يخصص عامه ويقيد مطلقه فإنه يعمل به؛ كالاستدلال على تخصيص لفظ:" مهر المثل" الوارد في القانون وتقييده بما هو متعارف عليه؛ ولذلك فإن القاضي يلجأ إلى العرف ويجتهد على وفقه في تخصيص العام وتقييد المطلق من العقود ويطبق ما هو متعارف عليه في الوقائع المنظورة أمامه.

---

(١) الطرق الحكمية، لابن القيم، ١٢١ – ١٢٢.

(٢) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيّة، د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، ٦٤.

٢- أن العرف يعتبر معيارًا يرجع إليه القاضي في حسم النزاعات، وتفسير القانون في ألفاظه المطلقة المتعلقة ببعض القضايا التي تختلف باختلاف عادات الناس ومصالحهم؛ لأن الشارع والقانون لا ينص على تفصيل الأحكام لكل فئة من الناس، بل ينص على حكم عام، والقضاة والمفتون يطبقون تلك الأحكام بحسب العرف؛ ومثال ذلك: نفقة الزوجة فإن الشرع والقانون قد أوجباها، ولكن لم ينص الشارع أو القانون على بيان نوعها وما به الكفاية منها؛ لأن ذلك يختلف باختلاف أعراف الناس وعاداتهم، كما أن الشارع والقانون لم ينصّا على كيفية أسلوب دفع النفقات، ولكن لمّا كان هذا يختلف باختلاف الأعراف والعادات فقد تركت هذه الكيفية للعرف الجاري.

ثالثًا: أن هذه القواعد تفيد في تقييد الولايات المطلقة

للعرف دور في تقييد الولايات؛ كتقييد ولاية القاضي للأولياء في النكاح بحسب العرف، فليس للقاضي ولا للولي في النكاح أن يقوم بتزويج من هو تحت ولايته من النساء بغير كفء أو بأقل من مهر المثل؛ لأن العرف قد جرى بتحكيم الكفاءة ومهر المثل في النكاح، حتى لا تعيّر المرأة ولا أولياؤها بتزويجها من غير كفء أو بأقل من مهر المثل، وحتى لا يدخل الضرر على المرأة وأوليائها؛ كما أن للعرف دورًا في تقييد ولايات الأوصياء في أموال القصار بحسب المصلحة لهم وبما لا يعود عليهم بالضرر، ولذلك ليس للولي الإنفاق على القاصر بأكثر من الإنفاق المعتاد.

رابعًا: أن هذه القواعد تفيد في حفظ حقوق المتعاملين

للعرف دور كبير في حفظ حقوق الناس، ومن ذلك: حفظ حقوق الزوجين، ففي تقييد خدمة المرأة لزوجها بما خف من الشغل - مثلاً - حفظ لحقها بعدم تكليفها ما يكون فيه مشقة عليها، وفيه أيضًا حفظ لحق الزوج في الحفاظ على بيته وممتلكاته، وفي تقدير النفقات بحسب العرف والعادة وفقًا لحاجة الزوجة وحالة الزوج يسارًا وإعسارًا حفظ لحقوق الزوجين معًا، فلا يكلّف الزوج من الإنفاق ما لا يطاق، ولا تتحمل الزوجة عناء التقتير في الإنفاق؛ ولذلك فإن على القاضي أن يجتهد في فرض النفقات وتقديرها بما يحفظ حقوق الزوجين معًا، وفقًا للعرف المتغير زمانًا

ومكانًا، وعليه أن يراعي مجموع ظروف الواقعة التي ينظر فيها، ويدخل في ذلك دون شك اعتبار يسار الرجل و إعساره وأعراف الناس وعاداتهم المتغيرة، فهذا من الاجتهاد بالمعروف.

كما أن على القاضي أن يعرف عادات الناس وأعرافهم في الاجتهاد في السكن، فالسكن في الأرياف يختلف عنه في المدن والعواصم، بل ويختلف السكن في المدن نفسها، فحين نجد السكن في الأرياف عبارة عن بناء من طين أو حجر أو خيام، نجده في المدن يتكون من مبنى سكني أو شقق سكنية أو غير ذلك، فإذا لم يدرك القاضي الأعراف والأحوال في ذلك كله أدى قضاؤه إلى الإضرار بأحد الزوجين، فلو أن القاضي فرض لامرأة تعيش في الريف مبنى سكنيًا وكانت العادة في الريف أن يكون السكن متواضعًا لأدى ذلك إلى الإضرار بالزوج، ولو فرض لامرأة تعيش في مدينة مسكنًا عبارة عن خيمة لأدى ذلك إلى الإضرار بها.

وعلى وجه العموم فإن القاضي إذا لم يكن مدركًا للأعراف والعادات ودلائل الأحوال فإنه سيضيع حقوقًا كثيرة على أصحابها[1]؛ ولذلك فإن عليه أن يراعي المتغيرات عند تقرير الحقوق، فالنفقات في عصرنا الحاضر لم تعد تقتصر على الأكل والشرب والسكن بل صار في بعض المدن يشتمل على أمور كثيرة؛ مثل وجود القمام الذي يقوم بنقل القاذورات من المباني السكنية إلى الأماكن المخصصة لها، فمن غير المقبول عادة أن تخرج المرأة من شقتها لنقل القاذورات، فلذلك يتعين إدخال هذا ضمن النفقات وتقدير أجرة القمام، ويدخل في ذلك أيضًا أجرة الكهرباء المستخدمة في الإنارة وفي تشغيل بعض الأجهزة الكهربائية، وغير ذلك ممّا يعد ضروريًا في النفقات والسكن.

خامسًا: أن هذه القواعد تفيد في عدم إقرار العادات الضارة

للعرف دور في الحدّ من العادات الضارة بالأفراد والمجتمع؛ لأن تحكيم العادات والأعراف يقتضي الحرص على مصالح الناس وعدم الإضرار بهم؛ لأنه لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، وقد تطورت العادات والتقاليد عندنا تطورًا لا يتفق ويسر الإسلام،

---

(١) الطرق الحكمية، لابن القيم، ٦.

كالتغالي في المهور حتى أصبح الزواج كأنه بيع وشراء، وتحول إلى وسيلة للكسب المادي، وهو ما يدعو الراغبين في الزواج إلى دفع تلك المهور على كره؛ نظرًا لما لاقوه من عناء وتعب في الحصول عليها، وكثيرًا ما يكون الحصول عليها عن طريق المداينة، كما أن تكاليف إقامة الزواج من حفلات وولائم، تضاعف العبء وتزيد الضرر، حتى إننا نسمع منها ما يكلف مئات الآلاف من الريالات، تصرف فيما لا فائدة فيه؛ فنسمع مثلاً أن ثوب الزفاف كلّف كذا شراءً أو إيجارًا، وأن حُلي الزفاف كلف شراؤها أو استئجارها كذا، وأن معدات الحفل كلفت كذا، وأمثال هذه الأخبار – مضافة إلى غلاء المهور – لا شك أن لها أسوأ الأثر في حاضر البلاد ومستقبلها، وكل من يقدم على شيء من هذه العوائد لا يقدم عليها رغبة واختيارا عن رضا صحيح، بل مجاراة لغيره وحبًا في الشهرة، وقد يكون ذلك جهلاً بأنها لا تتفق ومبادئ الشريعة الإسلامية المتمثلة في التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم وعدم الإضرار بهم؛ لذلك كله فإن هذه الأعراف والعادات لا ينبغي الاستمرار فيها، بل يجب تثقيف الناس بعدم فائدتها، لما تنطوي عليها من مخاطر؛ كإحجام الشباب عن الزواج، وبالتالي بقاء كثير من الفتيات دون زواج، ولهذا أسوأ النتائج.

ومن الآثار الواضحة لسلطة القاضي في عدم إقرار العادات السيئة والضارة: أن للقاضي نقل حضانة الطفل من الحاضن إذا لم يقم بما يصلح الطفل، ويدخل في معنى الإصلاح: إصلاحه ماديًا، ومعنويًا، وأخلاقيًا، ولذلك نصّت المادة رقم (١٤٥) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيّة على أن على: "الحاضن القيام بما يصلح الطفل"، كما نصّت أيضًا على أنه: "يجوز للحاضن نقل الطفل إلى بلده ما لم يكن فيه ضرر على الطفل ماديًا أو معنويًا أو أخلاقيًا..."، فهذا يدل بمفهوم المخالفة أنه لا يجوز للحاضن نقل الطفل إلى بلده إذا كان فيه ضرر على الطفل ماديًا أو معنويًا أو أخلاقيًا.

سادسًا: أن هذه القواعد تفيد في التطبيق السليم للقانون

لما كان قانون الأحوال الشخصيّة يجعل العرف مرجعًا في كثير من الأحيان – كما تقدم – فإن القاضي لا يستطيع الفصل في كثير من القضايا إلا بالرجوع إلى الأعراف؛ لأنه إن لم يرجع إلى الأعراف والعادات فربما يخطئ في تطبيق القانون، أما إدراك العادات والأعراف فإن ذلك يساعده في التطبيق السليم

للقانون، ولكن علم القاضي بالعرف يختلف تبعًا لنوع العرف، فمنه ما يعلمه القاضي بحكم العرف العام؛ كمعرفة نوع العملة المتداول بها في تقدير بعض الأمور، كتقدير النفقات، ومنه ما يعلمه عن طريق الخبراء، وهذا بالنسبة للعرف الخاص، فإذا كانت الواقعة تتعلق بفحص حالة كالتأكد من حالة الجنون فإنه يتم اختيار الخبراء من الأطباء المختصين، ففسخ النكاح للجنون أو العته مثلاً يتطلب إثبات ذلك بتقرير الطبيب المؤيد بشهادته أمام المحكمة، وإذا لم يكن مآل التقرير مع شهادة الطبيب باعثًا على الطمأنينة فإن للقاضي إحالة الأمر إلى طبيب آخر أو أكثر.

سابعًا: أن هذه القواعد تفيد في تفسير العقود والتصرفات التي يحكمها العرف

وهذا واضح من خلال الرجوع إلى الأعراف والعادات في تفسير كثير من نصوص القانون؛ كتفسير لفظ: (مهر المثل) على أنه مهر مثل المرأة من نساء عشيرتها وقبيلتها وفقًا للأعراف والعادات، ومثل تفسير لفظ:(الكفاءة) على أن أوصافها معتبرة بالعرف، ومثل تفسير ألفاظ الوصايا والأوقاف المطلقة على أساس العرف، وغير ذلك، ومن هنا يتبين أن دور العرف في تفسير النصوص القانونية المكتوبة هو إيضاح الإبهام أو الغموض الوارد فيها، فالعرف المفسِّر يزيل الغموض ويوضح معنى النصّ المكتوب[1]

ثامنًا: أن هذه القواعد تفيد في تسهيل معاملات الناس

إن من مظاهر التيسير في الشريعة الإسلامية وفي القوانين: تحكيم عادات الناس وأعرافهم؛ حتى لا يقع الناس في حرج ومشقة عند عدم اعتبار عاداتهم وأعرافهم؛ فلو لم يحكّم العرف في الإيجاب والقبول في العقود لوقع المتعاقدان في حرج ومشقة، فكان للعرف دور في أن يكون الإيجاب والقبول متوافقًا مع العرف،

(١) تأثير العرف في الوعي الحقوقي(القانوني)، ورقة عمل سبق الإشارة إليها، د. عبد الله الفسيل، ١٢٢

بحيث يكون المقصود ألا يوجد فاصل بين الإيجاب والقبول يدل على الإعـراض، إلا أن العرف إذا اعتبر الفاصل بينهما كبيرًا فإن الإعراض قد يفهم من الدّلالة العرفية.

ويظهر أثر العرف في التيسير والتّسهيل على الناس من خلال ما تقدم من أن لورثة الموصي تفسير ما أُجْمِلَ من وصايا مورّثهم، تيسيرًا عليه؛ لأنه قد يوصي بوصيته في وقت لا يتسع لتفصيلها.

تاسعًا: أن هذه القواعد تفيد في تحديد مدلول الجهات ذات النفع العام

تقدم القول فيما سبق أن القانون اليمني نص على أن: "الإيـصاء بأفـضل أنواع البر يحمل على الجهاد أو على العلم أو سائر المبرّات، والمرجع هو الظروف ومقتضيات الأحوال"، فهذا النّصّ يفيد مدلولاً واسعًا في الجهـات ذات النفـع العـام، وتفسير هذه الجهات يرجع فيه إلى الأعراف والعادات التي تختلف باختلاف البلـدان، وهذا يقتضي التسليم بفكرة الأشخاص المعنويّة، أو الأشخاص الاعتباريّة، التي يقصد بها: "كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تقوم لتحقيق غـرض معـيّن ويمنحهـا القانون الشخصيّة القانونية"[1]، والأشخاص المعنويّة نوعان:-

١- **الأشخاص المعنويّة العامّة:** وعلى رأس هذه الأشخاص الدولة، فهـي شـخص معنوي، وهي تكتسب شخصيتها من اعتراف الدولة بهـا، وبجانـب الدولـة توجـد سلطات محلية، هي: المحافظات، والمـدن، والقـرى، ومـن المؤسـسات العامّـة: الجامعات، والمستشفيات، ودور الملاجئ، وغير ذلك.

٢- **الأشخاص المعنويّة الخاصّة،** وهي: مؤسسات وجمعيات خاصة، ذات نفع عام، ينشئها الأفراد، كالشركات[2].

فدور العرف هو تحديد الجهات ذات النفـع العـام، والاعتـراف لـبعض الجهات بصلاحية الوجوب لها وعليها، واعتبارها صالحة للحقوق والالتزامات، سيّان

(١) نظرات في الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، ٤٠٢.
(٢) نفسه، ٣٨٢، ٣٨٣.

أكانت جماعة من الناس أم مجموعة من الأموال أم من المرافق ذات النفع العام، وهذه الحقيقة مسلّم بها في الفقه الإسلامي، فأنت ترى الفقهاء يجيزون الوقف على الفقراء، وعلى مصالح المساجد مثلاً، فالفقهاء قد عرفوا صورة من صور الشخصيات المعنويّة تناسب ما كان سائدًا في تلك العصور، وهذا تحكيمٌ للأعراف والعادات، والإفادة من قواعد تحكيم الأعراف والعادات في هذا الجانب ترجع إلى ما يسمى: بالعرف المكمل، الذي ينشأ لتنظيم موضوع يكون قد تركه المشرع[1]، ولا ريب في أن العرف من الأدلّة الشرعيّة المعتبرة التي يلزم أن يراعيها المشرع حين يصوغ القوانين[2].

---

(١) تأثير العرف في الوعي الحقوقي القانوني،(ورقة عمل سبق الإشارة إليها)، د. عبد الله الفسيل، ١٢٢

(٢) قضايا فقهية معاصرة (شتل الجنين "تأجير الأرحام" ــ الخلع شرعًا وقانونًا ــ زواج المتعة ــ الزواج بنية الطلاق) لأستاذنا الدكتور/ يوسف عبد الرحمن الفرت، ملتزم الطبع والنشر: دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ١٤٢٤هـ ــ ٢٠٠٤م، ١١٤.

المبحث السادس

أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالعرف والعادة في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني

العرف في قانون الإجراءات الجزائيَّة يكون دوره – في النادر – مصدرًا تكميليًا، وهذا الدور يأتي من خلال إحالة النصوص القانونية إلى العرف[1]، أما دون ذلك فليس العرف مصدرًا لقانون الإجراءات الجزائيَّة، حتى لا يترتب على ذلك إخلال بقواعد الإجراءات الجزائيَّة[2]، ومن الأمثلة التي يكون للعرف والعادة تحكيم في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني ما يلي: –

أولًا: التطبيق في مبدأ عدم الإضرار بالناس بسبب عاداتهم

من المبادئ الأساسية التي نص عليها قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني: مبدأ مساواة المواطنين أمام القانون، حيث نصَّت المادة الخامسة منه على ذلك بقولها: "المواطنون سواء أمام القانون، ولا يجوز تعقب إنسان أو الإضرار به، بسبب الجنسية، أو العنصر، أو الأصل، أو اللغة، أو العقيدة، أو المهنة، أو درجة التعليم، أو المركز الاجتماعي".

وبتطبيق قواعد تحكيم العادات والأعراف على بعض ما ورد في هذا النصِّ – كالمهن – يمكن القول: إن المهن (الحرف) ممَّا يختلف الناس في اعتبار دناءتها وشرفها، تبعًا لاختلاف الأعراف في ذلك، فما يعتبر من الحرف دنيئًا في مكان وعند قوم ما، قد لا يعتبر كذلك عند قوم آخرين، ومع ذلك فإن الأعراف لا

---

(1) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د. محمد محمد شجاع، ٢٠– ٢١.

(2) الإجراءات الجنائيَّة في التشريع المصري، د. مأمون سلامة، ٣٥/١؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د. محمد محمد شجاع، ٢٠– ٢١.

تقضي بمعاقبة أصحاب الحرف الدنيئة أو الإضرار بهم؛ لأن العرف يؤيد ويفضل العمل على التكاسل و البطالة؛ ولذلك فإن القانون يحرم التعرض للناس بسبب المهن؛ لأن الناس سواء أمام القانون.

ثانيًا: التطبيق في الدعوى الجزائيَّة

نصت المادة رقم (٥٢) من نفس القانون على أنه: "يعتبر تركًا للدعوى عدم حضور المدعي أمام المحكمة بغير عذر مقبول بعد إعلان لشخصه أو عدم إرساله وكيلاً عنه".

وبتطبيق قواعد تحكيم العادات والأعراف على هذا النص، يمكن القول: إن عدم حضور المدعي أمام المحكمة بغير عذر مقبول بعد إعلانه بالحضور وعدم إرساله وكيلاً عنه بغير عذر مقبول يعتبر دلالة حال على أنه لم تعد له رغبة في الاستمرار في الدعوى، وهذه الدلالة الحالية قد جرى العرف القضائي على اعتبارها دليلاً على عدم الرغبة في الاستمرار في الدعوى.

ثالثًا: التطبيق في الإجراءات السابقة على المحاكمة (التكليف بالحضور)

من الإجراءات السابقة على المحاكمة: التكليف بالحضور، فللمحكمة وللنيابة العامَّة أن تصدر أمرًا بحضور أي شخص إذا كان ذلك ضروريًا للتحقيق أو التحريات، ولكن لا بد من إعلامه بأمر حضوره، وذلك عن طريق إعلانه وفقًا لنص المادة رقم (٦٦) من نفس القانون التي جاء فيها: "يعلن أمر التكليف بالحضور بواسطة المحضرين، أو رجال الشرطة، أو أحد رجال السلطة العامَّة، وتُسلَّم للمطلوب حضوره صورة من الأمر، فإذا تعذر ذلك تسلم لأحد المقيمين معه من أقاربه أو أصهاره أو تابعيه، ويوقع المستلم على الأصل، فإذا لم يوجد أحد ممن ذكروا أو امتنع عن التوقيع تسلم صورة الأمر بعد التوقيع على أصلها من شاهدين بما يفيد ذلك إلى مدير قسم الشرطة التابع له محل إقامة المراد حضوره أو لعاقل القرية".

وبملاحظة ما ورد في هذا النصّ من أنه إذا تعذر إعلان الشخص شخصيًا بأمر التكليف بالحضور للمحكمة أو النيابة يتم تسليم صورة من أمر التكليف بالحضور لأحد المقيمين مع الشخص من أقاربه أو أصهاره أو تابعيه، يمكن القول: إن القانون اليمني بهذا قد راعى ما هو جار في كثير من أنحاء اليمن من أن البيت الواحد يسكن فيه أكثر من أسرة في الغالب؛ نتيجة للروابط الأسرية القوية والتي جرت الأعراف في اليمن بالمحافظة عليها قدر الإمكان، "فأفراد المجتمع اليمني يغلب عليهم سمات وروابط اجتماعيّة قبلية متينة وقوية حفظتها عادات وأعراف ذات طابع عربي أصيل، جذورها قيم سليمة وأخلاق حميدة، ذات إباء وكرم متوارث يلوح منها الصدق والوفاء والتسامح ونجدة الملهوف وحماية الضعيف، وذلك راجع إلى أن المجتمع يتكون من مجموعة من القبائل المنتشرة في كل أنحاء البلاد"[١]، ونتيجة لتلك الروابط الأسرية التي جرت الأعراف باحترامها فقد أُسند إعلان تكليف الشخص بالحضور للمحكمة أو النيابة عند تعذر إعلانه شخصيًا إلى أقاربه وأصهاره وأتباعه.

كما يمكن ملاحظة تحكيم الأعراف والعادات فيما ورد في النصّ السابق من أنه: "إذا لم يوجد أحد ممن ذكروا أو امتنع (أي الشخص المكلّف بالحضور) عن التوقيع تُسلم صورة الأمر بعد التوقيع على أصلها من شاهدين بما يفيد ذلك إلى مدير قسم الشرطة التابع له محل إقامة المراد حضوره أو لعاقل القرية"، فهذا النصّ قد جعل للعرف مجالاً، وذلك عن طريق تسليم صورة الإعلان لعاقل القرية التابع له محل إقامة الشخص المكلّف بالحضور، وهذا عند تمنع الشخص عن التوقيع على الإعلان أو عند امتناع أقاربه وأصهاره وتابعيه من استلام ذلك الإعلان، أو لم يوجد أحد من هؤلاء، ولعلّ إسناد مثل هذا الأمر إلى عاقل القرية أساسه أن البنية الكبيرة من سكان اليمن هم أفراد المجتمع القبلي، وأن الريف يعتبر منطقة امتداد للقبائل التي لها وحدة في التقاليد والعادات والقيم والأخلاق؛ ولأن لكل قبيلة شيخاً[٢] ولكل قرية عاقلاً مشهورًا بحصافة الرأي وحفظ الأعراف والعادات.

---

(١) تأثير العرف في الوعي الحقوقي(القانوني)، د. عبد الله الفسيل، ورقة عمل سبق الإشارة إليها في ندوة(القانون والمجتمع اليمني)، ١١٧.

(٢) السابق، ١١٨ و١٢٦.

من الإجراءات السابقة على المحاكمة في قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني: إلقاء القبض على الشخص بسبب الاشتباه في ارتكابه جريمة[1]، وقد ذكرت المادة رقم (٨٠) من هذا القانون كيفية دخول المسكن إذا كان فيه نساء، بقولها: "لمن يقوم بتنفيذ أمر القبض أن يدخل مسكن المطلوب القبض عليه للبحث عنه، وله أن يدخل مسكن غيره إذا وجدت قرائن قوية تدل على أن المتهم قد اختبأ فيه... وإذا كان في المسكن نساء تراعى التقاليد المتبعة في معاملتهن...".

وبملاحظة ما ورد في هذا النصّ من مراعاة التقاليد المتبعة في معاملة النساء إذا كان في المسكن المراد دخوله للقبض على المشتبه به في ارتكابه جريمة نساء، يمكن القول: إن القانون اليمني بذلك يحكم الأعراف والعادات؛ لأن عدم احترام الأعراف والعادات المتبعة في مثل ذلك أو الخروج عليها قد ينشأ عنه مشاكل كثيرة؛ فالنظام القبلي يتضمن أعرافًا في التعامل ويعتبر الخروج عليها عيبًا قد يستوجب القتل أحيانًا[2]، لذلك فإن احترام النساء ومعاملتهن بما يليق بهن من الاحترام عند دخول المساكن للقبض على المشتبه به أهون من الوصول إلى جريمة قتل عند عدم احترامهن.

خامسًا: التطبيق في التفتيش

نصت المادة رقم (١٤٣) من نفس القانون على أنه: "لا يجوز تفتيش الأنثى إلا بواسطة أنثى غيرها يدعوها لذلك من يقوم بالتفتيش...".

وبتطبيق قواعد تحكيم العادات والأعراف على هذا النص، يمكن القول: إن

---

(١) استنادا إلى المادة(٧٦) من قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني التي نصّت على ذلك بقولها: "كل من قُبض عليه بصفة مؤقتة بسبب الاشتباه في ارتكابه جريمة يجب أن يقدم إلى القضاء خلال أربعة وعشرين(والصواب أربع)وعشرين ساعة من القبض عليه على الأكثر".

(٢) تأثير العرف في الوعي الحقوقي(القانوني)، ورقة عمل في ندوة بعنوان:(القانون والمجتمع اليمني)، د. عبد الله الفسيل، ١٢٧.

القانون اليمني – كالقانون المصري – أخضع تفتيش الأنثى لشرط خاص، وهو وجوب أن يكون تفتيشها بمعرفة أنثى[1]، وذلك مراعاة للأعراف والعادات، فالقيم الخلقية المستقرة في ضمير الجماعة توجب صيانة عرض المرأة وكرامتها في كل حال، ولو كانت متهمة وكان تفتيشها لازمًا لمصلحة العدالة[2]، والعلّة في إيجاب المشرّع تفتيش المتهمة بواسطة أنثى: هي صيانة الآداب العامّة وحماية القيم الأخلاقية، وصيانة عرض المرأة، وفي هذا يقول الدكتور/ محمود نجيب حسني: "وعلة هذا النصّ تقييد نطاق تطبيقه، فما يحظر على مأمور الضبط القضائي هو أن يتعرض في تفتيش المتهمة لأجزاء من جسمها تعد عورة فيه، فهذه الأجزاء هي التي يعد تعرضه لها انتهاكًا للآداب ومساسًا بالعرض، ويتحدد مفهوم العورة وفق مدلول عرفي"[3]؛ ولذلك فإن المتهمة إذا كانت تخفي المخدر في صدرها، فمد مأمور الضبط القضائي يده إلى صدرها وأخرج المخدر منه كان ضبطه باطلاً، ولكن إذا تعرض مأمور الضبط القضائي لعضو في جسم المتهمة لا يعد عورة فإن التفتيش يكون صحيحًا، فإذا فض يدها ليستخرج المخدر الذي تخفيه في قبضتها فعمله صحيح؛ لأن اليد ليست عورة، فإذا كان متعينًا تفتيش موضع في جسم المتهمة يعد عورة فإنه يجب على مأمور الضبط القضائي أن يندب لذلك أنثى تقوم بذلك[4].

سادسًا: التطبيق في المحاكمة

نصت المادة رقم (٣٣٤) من نفس القانون على أن: "للمحكمة أن تستعين بخبير أو أكثر في أي مسألة يدق فهمها، ويبدي الخبير رأيه في تقرير مكتوب موقع عليه منه وللمحكمة مناقشته في الجلسة...".

---

(١) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ٩٥؛ المبادئ العامّة في قانون الإجراءات الجنائيّة، د. عوض محمد، ٢٩٣، ٢٩٤.

(٢) المبادئ العامّة في قانون الإجراءات الجنائيّة، د. عوض محمد، ٢٩٣.

(٣) الدستور والقانون الجنائي، ٩٥- ٩٦.

(٤) السابق، ٩٦.

الخبرة هي: "إبداء رأي فني، من شخص مختص فنيًا، في واقعة ذات أهمية في الدعوى الجزائيّة"[1]، وتقوم الحاجة إلى الخبرة إذا ثارت أثناء سير الدعوى مسألة فنية يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجزائيّة، ولم يكن في استطاعة القاضي البت برأي فيها[2].

وبتطبيق قواعد تحكيم الأعراف والعادات على هذا النصّ يمكن القول: إن الاستعانة برأي الخبراء هو من باب الرجوع إلى تحكيم الأعراف الخاصّة؛ لأن لكل مهنة أصولاً وقواعدَ متعارف عليها عند أهل كل مهنة؛ ولذلك توصف الخبرة بأنها شهادة فنية – أي نوع من الشهادة – يبدي فيها الخبير رأيه كتابة بشأن تقدير مسألة ذات طبيعة فنية خاصة، ويتوافر في الخبير مؤهلات علمية وفنية خاصة[3]، ومن تطبيقات ذلك: أن فحص حالة الجنون يتم فيها اختيار خبراء متخصصين في ذلك[4].

والحقيقة: هي أن الموضوعات التي تجري فيها الخبرة لا تقع تحت حصر، فقد تكون في مسائل طبية ومعملية؛ كفحص حالة المجني عليه طبيًا لبيان الإصابة التي لحقت به ومقدار خطورتها وتاريخها، وقد تكون في مسائل غير طبية؛ كفحص الحسابات، والفحوص الآلية للسيارات والآلات[5]،وغير ذلك، وقد فصلنا القول في هذا الموضوع عند قاعدة: "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب" فنحيل إليه خشية التكرار[6].

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر أنقع، ١٤٣.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

(٣) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد شجاع، ٣٤٠.

(٤) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٤٨١، ٤٨٢.

(٥) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر أنقع، ١٤٤.

(٦) انظر المبحث السادس من الفصل الثالث من الباب الأول من هذا البحث.

سابعًا: التطبيق في تنفيذ الأحكام الجزائيَّة

سنذكر بعض النُصوص الخاصَّة بتنفيذ الأحكام الجزائيَّة في القانون اليمني – على سبيل التمثيل لا الحصر – التي يمكن من خلالها فهم تحكيم الأعراف والعادات في تنفيذ الأحكام الجزائيَّة، ومن تلك النُصوص ما يلي: –

١ – التطبيق في إيقاف تنفيذ عقوبة القصاص والحدود في بعض الأوقات التي جرى العرف باحترامها

نصت المادة رقم (٤٨٤) من قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني على أنه: "لا تنفذ عقوبة الإعدام أو الحد أو القصاص التي يترتب عليها ذهاب النفس أو عضو من الجسم في أيام الأعياد الرسمية والأعياد الخاصَّة بديانة المحكوم عليه...".

وبتطبيق قواعد تحكيم العرف والعادة على هذا النصّ يمكن القول: إن القانون اليمني قد راعى الأعراف والعادات في إيقاف تنفيذ عقوبات القصاص والحدود في نفس المحكوم عليه أو في عضو منه – بصفة مؤقتة – في أيام الأعياد الرسمية، والأعياد الخاصَّة بديانة المحكوم عليه، لجريان الأعراف والعادات باحترام الأعياد الرسمية والأعياد الدينية، وهذا يقتضي احترامها في جانب المحكوم عليه بتأخير تنفيذ تلك الأحكام في هذه الأيام؛ حتى لا تصبح أيام الأعياد – التي هي أيام فرحة – أيام أحزان للمحكوم عليه وأهله.

٢ – التطبيق في آلة تنفيذ عقوبة القتل

نصت المادة رقم (٤٨٥) من نفس القانون على أن: "تنفذ عقوبة الإعدام بقطع رقبة المحكوم عليه بالسيف أو رميًا بالرصاص حتى الموت بدون تمثيل أو تعذيب...".

وتطبيقًا لقواعد تحكيم الأعراف والعادات على هذا النص، يمكن القول: إن العادة تقضي باستخدام أسرع الآلات في إزهاق الروح، فإذا كان السيف هو الآلة

المعروفة التي يتم بها القتل في الغالب المعتاد فإنه يتم به تنفيذ عقوبة القتل حدًا أو قصاصًا؛ لأنه أروح للمقتول وليس فيه طول تعذيب له [1]، وقد أشار ابن رشد إلى أن تنفيذ العقوبات يكون بما هو معروف عادة وعرفًا – في أثناء حديثة عن عقوبة نفي المحاربين – بقوله: إن النفي "عقوبة معروفة بالعادة من العقوبات؛ كالضرب والقتل، وكل ما يقال منه سوى هذا فليس معروفًا بالعادة ولا بالعرف"[2]، فإذا كان للعادات والأعراف مدخل في العقوبات من جهة تنفيذها بما هو المعتاد، فإنّ من العادات الجارية في تنفيذ القتل أن ينفذ بالسيف أو بآلة البندقية؛ لما في ذلك من سرعة القتل وعدم التعذيب، ولذلك فإن القانون اليمني قد حكّم العادات والأعراف حينما نص على تنفيذ عقوبة القتل بالسيف أو برمي المحكوم عليه بالرصاص حتى الموت؛ خشية من طول تعذيبه بالقتل بغير الرصاص أو السيف، إذ إنّ العرف يعتبر أن القتل بالسيف أو بالرمي بالرصاص من أسهل وسائل القتل.

٣ – التطبيق في تنفيذ عقوبة الصلب

نصت المادة رقم (٤٨٦) من نفس القانون على أن: "تنفذ عقوبة الصلب بربط المحكوم عليه بعد إعدامه في مكان ظاهر بحيث يراه الناس المدة التي يقررها الحكم...".

وبتطبيق قواعد تحكيم الأعراف والعادات على هذا النص، يمكن القول: إن القانون اليمني قد حكّم الأعراف والعادات حينما لم يحدد مكان الصلب، بل جعله متروكًا للعرف، المهم في ذلك جريان عادة الناس باعتبار المكان الذي يصلب فيه المحكوم عليه مكانًا ظاهرًا للناس؛ لأن الصلب إنما شرع ردعًا لغير المحكوم عليه ليشتهر أمره؛ وذلك برفعه في مكان عالٍ ليراه الناس[3]، ولذلك فإن مدة الصلب تقدر

---

(١) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٣٠.

(٢) السابق، ٢/٣٧٥.

(٣) المغني، لابن قدامة، ٨/٢٩١؛ السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ٨٧.

بما يشتهر أمره، على أن لا تزيد عن ثلاثة أيام، حتى لا يفضي طول الصلب إلى تغير المصلوب ونتنه وأذى المسلمين برائحته[1].

٤- التطبيق في تنفيذ عقوبة الرجم

نصت المادة رقم (٤٨٧) من نفس القانون على أن: "تنفذ عقوبة الرجم رميًا بالحجارة حتى الموت...".

وتطبيقًا لقواعد تحكيم الأعراف والعادات على هذا النص، يمكن القول: إن القانون اليمني لم ينص على أوصاف معينة لأحجار الرجم، بل جعل ذلك راجعًا للعرف باعتبار أن الرجم بالأحجار يعتبر بالعادة[2]؛ ولذلك فإن من الفقهاء من قال: إن من شأن حجارة رجم الزاني المحصن أن تكون حجارة معتدلة؛ فلا تكون كبيرة إلى الحد الذي تؤدي إلى تفويت المقصود من التنكيل، ولا صغيرة يكون لها تأثير كبير على طول التعذيب[3]، ومنهم من قال: إن حجارة رجم الزاني تكون من الحصاة مثل الحمصة[4]، وكل هذا يُظهر أن للعرف مدخلاً في تحديد أحجار الرجم، المهم أن لا يكون من شأنها طول التعذيب؛ وعند تعذر الحجارة لا مانع من رجم الزاني المحصن بطين متحجر، (أي مدر) أو خشب، أو عظم[5]، أو ما يقوم مقامها؛ على أن يكون من شأنها سرعة الإجهاز على المحكوم عليه، منعًا من إطالة تعذيبه.

٥- التطبيق في تنفيذ عقوبة القطع في الحدود وعقوبة القصاص فيما دون النفس

نصت المادة رقم (٤٨٩) من نفس القانون على أن: "ينفذ القطع حدًا في اليد اليمنى من الرسغ، والرجل من الكعب بآلة حادة..."، ووجه تحكيم الأعراف

---

(١) المغني، لابن قدامة، ٨/٢٩١.

(٢) الأحكام السلطانية، للماوردي، ٣٦٨.

(٣) نهاية المحتاج، للرملي، ومتنه المنهاج، للنووي، ٧/٤٣٤.

(٤) المغني، لابن قدامة، ٨/١٧١

(٥) نهاية المحتاج، للرملي، ومتنه المنهاج، للنووي، ٧/٤٣٤.

والعادات في هذا النص: أن معرفة دون الآلة حادة يرجع فيه إلى العـرف وكثـرة الاستعمال.

ومثلُ ذلك أيضا: ما نصَّت عليه المادة رقم (٤٩١) من نفس القانون من أنـه: "ينفذ القصاص فيما دون النفس بإزالة الطَّرف المبيَّن بالحكم بآلة حادة مناسبة عند الفـصل أو الحد الذي ينتهي إليه، ما لم يقرر الطبيب المختص عدم إمكان التنفيذ لخطورته علـى حياة المحكوم عليه..."، فهذا النصّ قد حكم العرف والعادة أيضًا من جهة الرجـوع إلـى الأطباء المختصين في تقرير عدم إمكان تنفيذ القصاص فيما دون النفس إذا كان في ذلـك خطرٌ على حياة المحكوم عليه.

٦ – التطبيق في تنفيذ عقوبة الجلد

نصت المادة رقم (٤٩٢) من نفس القانون على أن: "تنفذ عقوبة الجلد فـي حضور الشهود بسوط مفرد رطب ليس في طرفه عقد، وتنزع عن الرجل المحكـوم عليه ثيابه الثقيلة، ويضرب قائمًا أو قاعدا، ولا يمسك ولا يربط إلا إذا تعذر التنفيـذ بغير ذلك، وتضرب المرأة وهي جالسة، وعليها ملابسها، ولا تمسك ولا تربط إلا إذا لم تصبر على الجلوس، ويكون الضرب على الظهر من أول القدم حتى العنق باتقـاء الرأس... وينفذ الجلد تحت إشراف الطبيب المختص بعد أن يقرر أن التنفيذ لا يؤدي إلى هلاك المحكوم عليه وإلا أوقف التنفيذ".

ووجه تحكيم الأعراف والعادات في هذا النّصّ هو: أنه يتبع في الجلد استخدام الأداة المعتادة في ذلك، كالسوط المتخذ من سيور تلوى وتلف، وأن لا يكون لذلك الـسوط فروعٌ ولا عقدٌ في أطرافه، وأن لا يكون السوط جديدًا فيقتل المجلود، ولا قديمًا فلا يؤلم، ولا يجرد المجلود من ثيابه كلها وإنما يجلد بالثياب المعتادة فيخفف من ثيابه ما كان ثقـيلاً وما يمنع ألم الضرب؛ كالفراء ونحو ذلك، ويكون الضرب المعتاد في الجلد ضربًا متفرقًا لا دفعة واحدة، وإن تعذر المعتاد اعتبر ما يؤدي الغرض، فمن لا يطيـق إقامـة الجلـد بالمعتاد لضعف أو مرض أقيم الجلد بما يحتمله مجموعًا دفعة واحدة كجلده بغصن كبيـر يكون عليه أغصان منتشرة، ولا يضرب في الجلد ما جرت العادة بأنه غير مأمون معـه

هلاك المجلود أو الإضرار به، فلا يجلد الوجه ولا الرأس ولا المذاكير؛ لأنها مواضع غير مأمون الجلد فيها هلاك المجلود أو زيادة الإضرار به؛ لأن المقصود بالجلد هو التأديب لا القتل ولا الإضرار بالمجلود، ولذلك يفرق الجلد على بدن المجلود؛ لأنه إذا جمع الضرب في مكان واحد ربما أدى ذلك إلى هلاكه[1]، كما أنه يرجع إلى الأعراف والعادات في تقرير الأطباء المختصين إلى أن الجلد لا يؤدي إلى هلاك المحكوم عليه.

---

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٨٥/٤، ٨٦؛ الأحكام السلطانية، للماوردي، ٣٦٧؛ السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ١٢٥، ١٢٦؛ الفروع، لابن مفلح، ٥٥/٦- ٥٧؛ سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ١٢٨١/٤.

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالعرف والعادة في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني

من خلال ما سبق عرضه من الأمثلة لتحكيم قواعد الأعراف والعادات في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني يتضح أن الرجوع إلى تلك القواعد هو رجوع بمقتضى القانون؛ ذلك أن الأمثلة السابقة تدل بمنطوقاتها ومفهوماتها على الإحالة إلى العرف في بعض الإجراءات الجزائيَّة، وهذا هو ما يفسر قول فقهاء القانون بأن العرف لا يمثل مصدرًا لقواعد قانون الإجراءات الجزائيَّة إلاّ إذا أحال إليه هذا القانون؛ لأن هذه الإحالة تسبغ على العرف صفة القاعدة الإجرائية [١]؛ ولذلك فإنه يمكن استخلاص بعض أوجه الإفادة من قواعد تحكيم الأعراف والعادات في قانون الإجراءات الجزائيَّة في نطاق ضيق، ومن تلك الأوجه ما يلي: –

أولاً: أن هذه القواعد تفيد في التثبت من حقيقة الدعاوى الجزائيَّة

وهذا واضح من خلال الرجوع إلى أهل الخبرة فيما يدق فهمه على النيابة والمحكمة، كالرجوع إلى الأطباء المختصين لمعرفة حقيقة الجناية في المجني عليه، ليكون الحكم القضائي صادرًا عن بينة، ومن الأمثلة الفقهية الواضحة في ذلك: أنه لو قام شخص بقطع شخص آخر في ثوب نصفين، وكان هذا الشخص المقطوع في حالة نوم مثلاً، ثم ادعى الجاني أن المجني عليه كان ميتًا، وادعى ولي الدم أن المجني عليه كان حيًا، فإنه يرجع في ذلك إلى أهل الخبرة للتعرف على دم المجني عليه وتقرير ما إذا كان دمه من دم الأحياء أم من دم الأموات[٢].

---

(١) الإجراءات الجنائيَّة في التشريع المصري، د. مأمون سلامة، ٣٦/١؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د. محمد محمد شجاع، ٢٠– ٢١.

(٢) نهاية المحتاج، للرملي، ومتنه المنهاج، للنووي، ٢٩٤/٧، ٢٩٥. ولكن عملًا باستصحاب أصل بقاء الحياة، فإن ولي الدم إذا ادعى حياة المجني عليه يصدق مع يمينه، وعملًا باشتباه حال المجني عليه، فإن القود يسقط عن الجاني بالشبهة، وتجب الدية. [السابقان، نفس الأجزاء، نفس الصفحات].

ثانيًا: أن هذه القواعد تفيد في التقليل من المشكلات التي تنتج عن بعض الإجراءات الجزائيَّة عند عدم مراعاة الأعراف

وهذا واضح من خلال ما مر من مراعاة الأعراف عند إلقاء القبض على شخص، فإذا كان يلزم لقبض شخصٍ ما دخول مسكنٍ ما وكان في ذلك المسكن نسوة فإنه لا بد من مراعاة التقاليد المتبعة في معاملتهن؛ لأنه قد يترتب على عدم مراعاة ذلك مشكلات أكبر من إلقاء القبض، بل قد يؤدي إلى القتل، كما أن هذا واضح أيضًا من خلال إسناد تفتيش الأنثى إلى أنثى، مراعاة للأعراف؛ ويترتب على عدم مراعاة ذلك كثير من المشكلات التي قد تؤدي في بعض الأحيان إلى الجناية على من يقوم بالتفتيش من قبل أهل المرأة المراد تفتيشها، وبهذا فإن فهم قواعد تحكيم الأعراف والعادات يساعد في الإسهام في التطبيق السليم لنصوص القانون في بعض الأحوال التي تقتضي الأخذ بالعرف.

ثالثًا: أن هذه القواعد تفيد في التنفيذ السريع للعقوبات المحكوم بها دون تعذيب للمحكوم عليه

وهذا واضح من خلال ما مر من الأمثلة في تنفيذ الأحكام الجزائيَّة، والتي يرجع إلى العرف في كيفية التنفيذ ونوع الآلة المستخدمة في التنفيذ؛ كاستخدام السيف أو الرمي بالرصاص في تنفيذ عقوبة القتل، لجريان العرف باعتبارهما من أسرع الآلات في إزهاق الروح دون تعذيب، كما أن للعرف دورًا في الحفاظ على حياة المحكوم عليه بحد أو قصاص في غير النفس – كالجلد، والقصاص في الأطراف – حيث لا تنفذ مثل هذه العقوبات في الأوقات التي يغلب على الظن فيها موت المحكوم عليه، فلا يقام الجلد والقصاص في الأطراف في الحر والبرد الشديدين مخافة أن يؤدي ذلك إلى موت المجلود، والمقاد منه؛ ولذلك يؤخر تنفيذ تلك العقوبات عن

المريض المرجو زوال مرضه إلى حين زوال ذلك المرض[1]؛ ولذلك فإن القاعدة في تنفيذ عقوبات الحدود والقصاص في غير النفس هي: أن العقوبات تنفذ حيث لا يغلب على ظن المقيم لها فوات نفس من تقع عليه العقوبات[2].

(١) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/ ٣٣٤؛ الفروع، لابن مفلح، ٦ / ٥٧؛ سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٤/ ١٢٨٤.

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/ ٣٥٩.

المبحث الثامن

أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالعرف والعادة في قانون الجرائم والعقوبات اليمنيّ

يرى فقهاء القانون أن العرف لا يصح أن يكون مصدرًا للقانون الجنائي[1]، فليس العرف مصدرًا للتجريم والعقاب[2]؛ لأن التجريم والعقاب محصوران في النصّ الذي يجرم الأفعال ويعاقب عليها[3]، ومع ذلك فإن العرف قد يكون مصدرًا للقانون الجنائي إذا أحال النصّ القانوني إلى الرجوع إليه[4]، كما أن العرف قد يكون له دورٌ في مجال التجريم والعقاب في تحديد عناصر بعض الجرائم، فمثلاً: جريمة السرقة تتطلب ثبوت كون الشيء المسروق مملوكًا لغير الجاني، والتحقق من هذا الركن وتوافره رهن بتطبيق قواعد القانون المدني التي تحدد كيفية الملكية وانقضائها، وتفسير هذه الأمور لا يعتمد فيها على القانون المدنيّ وحده، بل يقتضي تفسيرها الاستعانة بسائر المصادر التي يعترف بها القانون المدني – ومن بينها العرف – كذلك فإن للعرف أثره في تكملة النصوص التجريمية، وذلك إذا كان تحديد الواقعة محل التجريم يلجأ فيها إلى العرف السائد – كتحديد مفهوم الأفعال

---

(١) الإجراءات الجنائيّة في التشريع المصري، د. مأمون سلامة، ١/٣٥؛ القاعدة الجنائيّة على بياض، د. عصام عفيفي، ١١٥؛ الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العام للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٠٠؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد محمد شجاع، ٢٠- ٢١.

(٢) الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٠٠.

(٣) الإجراءات الجنائيّة في التشريع المصري، د. مأمون سلامة، ١/٣٥؛ الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمنّي، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٠٠.

(٤) القاعدة الجنائيّة على بياض، د. عصام عفيفي، ١١٥؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد محمد شجاع، ٢٠- ٢١.

المخلة بالحياء العام – حيث يتدخل العرف السائد في منطقة معينة لبيان المقصود بهذا المفهوم[1]، وفيما يلي بعض الأمثلة التطبيقية لتحكيم قواعد الأعراف والعادات واعتبارها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني: –

أولاً: التطبيق في تقويم الديات والأروش

نصت المادة رقم (٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات على أن: "الدية الكاملة ألف مثقال من الذهب الخالص، تعادل خمسمائة جنيه من الذهب أبو ولد، أو ما يعادل ذلك من العملة الورقية بالسعر القائم وقت التنفيذ، والأرش نسبة معينة من الدية تقدر تبعًا للجريمة... وتخفض الدية في الخطأ بمقدار الخمس"، ثم عدلت هذه المادة بموجب القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥م وصار نصها: "الدية الكاملة هي سبعمائة ألف ريال يمني، والأرش نسبة معينة من الدية تقدر تبعًا للجريمة... وتخفض الدية في الخطأ بمقدار الخمس"، ثم عدلت أيضًا بموجب القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٦م، ليصبح نصها: "ديَة العمد وشبه العمد خمسة ملايين ريال، والأرش نسبة من الدّية... ودية الخطأ مليون وستمائة ألف ريال، والأرش نسبة معينة من الدّية بحسب الجناية..."[2].

ووجه الرجوع إلى الأعراف والعادات في تقويم الديات والأروش: هو أن جنسها معتبر من غالب نقد البلد، فالديات وإن كان الأصل فيها الإبل إلا أن ذلك الأصل كان بحسب الغالب، ولكن لا يستلزم التمسك بالإبل دون غيرها؛ لأن ما عدا الإبل بدل[3]، فلذلك تؤخذ الدية من الذهب أو الفضة باعتبارهما أثمن الموجودات

---

(١) القاعدة الجنائيّة على بياض، د. عصام عفيفي، ١١٤– ١١٦.

(٢) انظر بيان تحديد الديات والأروش وفقًا لهذه النُصوص في الملحق رقم (٢٧) في قائمة الملاحق في آخر هذا البحث.

(٣) قال الماوردي: "أصل الدية الإبل، وما عداها بدل". انظر: [الأحكام السلطانية، ٣٨٢].

وأغلاها، وعند تعذر ذلك يرجع في تقويمها إلى الدراهم والدنانير بحسب النقد المتعامل به في الغالب[1]؛ تسهيلاً على من لزمته الدية وعلى من تلزم له، لذلك فإنه يجب دفعها واستلامها بحسب الموجود وبحسب ما يعتاد التعامل به في الناحية[2]، كما يرجع أيضًا في تقويم الأروش وقيم المتلفات إلى العادات والأعراف، فتؤخذ من غالب ما يعتاد التعامل به في ناحية من وجبت عليه[3]، إلا أنه لمّا كانت الأقطار الإسلامية متعددة ولكل منها عملة نقدية خاصة بها فإن تقويم الديات والأروش وقيم المتلفات يرجع فيه إلى العملات المتداولة بدلاً من الإبل والذهب؛ استنادا إلى جريان العرف بتعامل كل دولة بعملة معينة خاصة بها؛ وفي هذا تيسير للمسلمين، وقد أشار ابن الأمير الصنعاني إلى مثل هذا بقوله: "ليس يجب على من لزمته الدية إلا من النوع الذي يجده ويعتاد التعامل به في ناحيته... وقد استبدل الناس عرفاً في الديات وهو تقديرها بسبعمائة قرش"[4].

وتطبيقًا لذلك فإن المشرع اليمني يعمل دومًا على تغيير قيمة الدية من عملة البلاد السارية في اليمن وهي الريال، ليتناسب مع سعر الذهب؛ لأن الذهب مقياس مضبوط لمالية الأشياء، ولأن الذهب محتفظ بقيمته فترات طويلة من الزمن وإلى يومنا هذا.

ثانيًا: التطبيق في تحديد الإصابات

نصت المادة رقم (٤٢) من قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م على ما يعتمد عليه في تحديد نوع الإصابات بقولها: "... يعتمد في تحديد

---

(١) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٣٦، ٣٣٧؛ الأحكام السلطانية، للماوردي، ٣٨٢؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/١٠٠؛ سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٣/١٢٠٨.

(٢) سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٣/١٢٠٨.

(٣) العدة في أصول الفقه، لأبي يعلى الفراء، ١/١٣٦؛ الفروق الفقهية، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ٨٠.

(٤) سبل السلام، ٣/١٢٠٨.

نوع الإصابة على تقرير من طبيب مختص، أو أهل الخبرة...

وبتطبيق هذا النصّ على قواعد تحكيم العرف والعادة يمكن القول: إن القانون اليمني قد أخذ بالعرف واعتمد عليه في تحديد الإصابات؛ لأن الإصابات تختلف نوعًا ومقدارًا وليس يعرفها كل أحد؛ ولذلك كان لا بد من الرجوع في معرفة ذلك إلى أهل الخبرة، وقد جرى العرف بأن يرجع إلى الأطباء في معرفة كل ما يتعلق بالجناية على الجسم، ويسمى ذلك بالطب الشرعي، وهذا عرف خاص، أو عرف مهني خاص بمهنة الطب، باعتبار أن لكل مهنة شروطًا، ومن الشروط التي أقرها العرف المهني الخاص بمزاولة الطب: أن إباحة ممارسة الأعمال الطبية – بما يتضمنه من مساس بالأبدان – لابد له من حصول الطبيب على الترخيص اللازم لممارسة المهنة من قبل الدولة، بعد التثبت من صلاحيته للقيام بأعمال الطب أو الجراحة، وبعد الحصول على الإجازة العلميّة في الطب[١].

ثالثًا: التطبيق في العفو عن القصاص

نصت المادة رقم (٥٣٧) من قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني على أنه: "إذا عفا ولي الدم عن القصاص مطلقًا أو بشرط الدية على أن لا يقيم الجاني في الناحية أو القرية أو المدينة التي يقيم فيها المجني عليه أو فروعه أو إخوانه، التزم الجاني بذلك"، فهذا النصّ قد أتى به المشرع اليمني في قانون الإجراءات الجزائيّة، وكان الأولى به أن يأتي به في قانون الجرائم والعقوبات لا في قانون الإجراءات الجزائيّة؛ لأن هذا يندرج تحت موضوع العفو عن القصاص الذي أفرد له قانون الجرائم والعقوبات عدة مواد.

وبتطبيق هذا النصّ على قواعد الأعراف والعادات يمكن القول: إن القانون

---

(١) النظام الجنائي –أسسه العامّة في الاتّجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي– د. عبد الفتاح خضر، ٢٢٤/١؛ شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة د. علي حسن الشرفي، ١٧٥.

اليمني قد نظر إلى العرف السائد لدى معظم القبائل اليمنية بتعيير ورثة المجني عليه بعدم قتل قاتل مورثهم، مع ما يتبع ذلك من ازدرائهم واحتقارهم، وهو ما يعني أن القانون اليمني قد حاول معالجة قضية الثأر ومراعاة حال أولياء دم المجني عليه، فجعل للجاني وورثة المجني عليه مساحة واسعة للخروج من الثأر، فقد يكون لأولياء الدم رغبة في العفو، فكان من حقهم أن يشترطوا على الجاني عدم الإقامة في القرية أو المدينة، أو الناحية – التي يقيم فيها المجني عليه – أو أولياء دمه، أو فروعه، أو إخوانه – حرصًا على أولياء دم المجني عليه من الازدراء والاحتقار عند وجود الجاني بينهم في تلك القرية أو المدينة أو الناحية؛ لأن جريمة القتل عند القبائل تعتبر "حقًا شخصيًا وليس حقًا عامًا، أي أن العقاب عنها يكون للمجني عليه أو لولي الدم بطريقة الثأر"[1]، وفي حال موافقة الجاني على ذلك فإنه لا حق لأولياء المجني عليه في المساس به؛ لأن الأعراف اليمنية لا تستحسن ذلك؛ ولأن هذا من الوسائل العرفية للحد من ظاهرة الثأر، والتي منها – أيضًا –: أنه عندما يصبح القاتل تحت رحمة أولياء الدم فإن العفو عنه هو العرف الغالب؛ لأن من شيم العرب العفو عند المقدرة، كما أنه عندما يستجير القاتل بولي دم المقتول فإنه يتسامح مع القاتل عادة[2].

رابعًا: التطبيق في تحمل العاقلة دية الخطأ مع الجاني

نصت المادة رقم (٧٢) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه: "...تكون الدية والأرش في الخطأ على العاقلة، ويتحمل الجاني ثلثها إن كان له مال ويوزع الباقي"، ونصت المادة رقم (٩١) من نفس القانون على أن: "العاقلة: هم عصبة الجاني – المعروف نسبهم بالتدريج إلى جد ينتسب إليه القاتل أو الجارح – البالغون، العاقلون، الموافقون له في الدين..."، ونصت المادة رقم (٩٢) من القانون نفسه على أن: "يتحمل الأغنياء من العاقلة ما يلزمهم من دية وأرش شبه العمد

---

(١) تأثير العرف في الوعي الحقوقي(القانوني)، ورقة عمل في ندوة بعنوان(القانون والمجتمع في اليمن)، د. عبد الله الفسيل، ١٢٩.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

والخطأ وهو الثلثان وما لا يقدر عليه الجاني من الثلث...".

وبتطبيق هذه المواد على قواعد العرف يمكن القول: إن القانون اليمني راعى الأعراف والتقاليد في اليمن التي يغلب عليها الرابطة الاجتماعيّة القبلية المتينة بين أفراد المجتمع اليمني؛ الذي يتكون من مجموعة من القبائل المنتشرة في كل أنحاء البلاد[1]، وهذه الروابط حفظتها عادات وأعراف ذات قيم سليمة وأخلاق حميدة، ومنها: نجدة الملهوف، وحماية الضعيف؛ فاقتضى هذا مشاركة العاقلة في نصرة الجاني غير المتعمد، وذلك بأداء الدية والأرش في الخطأ وشبه العمد.

وقد علّل الفقهاء تحمل العاقلة للمال مع الجاني في الجنايات غير العمد بأن القبائل في الجاهلية كانوا يقومون بنصرة الجاني منهم ويمنعون أولياء الدم أخذ حقهم، فأبدل الشرع تلك النصرة ببذل المال وخص تحملهم بالخطأ[2]؛ لأن الخطأ يكثر لا سيما في متعاطي الأسلحة، فحسنت إعانة المخطئ، لئلا يتضرر بما هو معذور فيه، فإيجاب الدية في ماله فيه ضرر عظيم عليه من غير ذنب تعمده، وإهدار دم المقتول من غير ضمان بالكلية فيه إضرار بأولاده وورثته فلا بد من إيجاب بدله، فكان في تحمل العاقلة للمال في هذه الحالة موالاة للقاتل ونصرة له وإعانة له، بخلاف العامد فإنه ظالم مستحق للعقوبة ليس أهلاً أن يحمل عنه، فتحَمُّل العاقلة الدية في الخطأ هو من باب الإحسان إلى المحتاجين[3]، فالله سبحانه وتعالى قسم خلقه إلى غني وفقير، ولا تتم مصالحهم إلا بسدّ خلة الفقير.

---

(١) تأثير العرف في الوعي الحقوقي(القانوني)، د. عبد الله الفسيل، ١١٧.

(٢) من الفقهاء من يرى تحمل العاقلة الدية في الخطأ أو شبه العمد. انظر: [نهاية المحتاج للرملي، ٣٧٠/٧]. ومنهم من يرى أن العاقلة تحمل الخطأ، ولا تحمل العمد بالاتفاق، ولا شبهه على الصحيح. انظر: [إعلام الموقعين، لابن القيم، ١٣/٢].

(٣) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٥٨/٥، ٥٩؛ نهاية المحتاج، للرملي، ٣٧٠/٧؛ إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ١٣/٢، ١٤.

ولمّا كان الخاطئ معذورًا وعذره لا يوجب إهدار دم المجني عليه فإن في مشاركة العاقلة في تحمل الدية معه دفعًا للعقوبة عنه بظهر عشيرته، وقوته يجدها في نفسه بكثرتهم وقوة أنصاره منهم، أي أن ضم العاقلة إليه هو أيضًا من باب عادات العشيرة في التناصر[1]، وليس هذا مناقضًا لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾[2]، ولا مناقضًا لقاعدة: "**لا تؤخذ نفسٌ بجريرة غيرها**"[3]؛ لأن هذا من باب إعذار المخطئ، ومن باب الإحسان إلى المحتاجين.

خامسًا: التطبيق في العقاب على عدم قبول العملة المتعارف عليها في التداول

نصت المادة رقم (٢٠٥) من نفس القانون على أنه: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر أو بالغرامة كل من امتنع عن قبول عملة البلاد أو مسكوكاتها المقررة لها إذا كانت غير مزورة".

وبتطبيق هذا النصّ على قواعد تحكيم العرف يمكن القول: إنه لمّا كان التعامل بنقود معينة في كل بلد من البلدان يعتبر من العرف الخاص بتلك البلد - مع ما في ذلك من استقرار في التعامل بين الناس في ذلك البلد - كان لا بد على المشرع من حماية مصالح الناس، وذلك عن طريق تشريع عقوبة لحماية هذه المصالح، فكان من المناسب لذلك تشريع عقوبة لرفض التعامل بالعملة المتداولة في البلد أو في مسكوكاتها ما لم تكن مزورة، وهذا هو ما فعله القانون اليمني من خلال النصّ القانوني المذكور.

سادسًا: التطبيق في السرقة

نصت المادة رقم (٢٩٦) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني - على

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٥/٥٩.

(٢) تكررت الآية في ثلاثة مواضع في القرآن الكريم؛ قد وردت في الآية ١٦٤ من سورة الأنعام، وفي الآية ١٥ من سورة الإسراء، وفي الآية ١٨ من سورة فاطر.

(٣) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٢/١٣.

تعريف الحرز المسروقة منه الأموال بقولها: حرز مثل المال: هو الموضع الحصين الذي يحفظ فيه المال عادة بحيث لا يعد صاحبه مضيعًا له بوضعه فيه...".

وبتطبيق هذا النصّ على قواعد تحكيم العرف والعادة يمكن القول: إن القانون اليمني قد حكّم العرف في تفسير الحرز في الأموال المسروقة وفقًا لما جرت به الأعراف والعادات من اختلاف الأحراز باختلاف الأموال، فالحرز هو: "كل شيء جرت العادة بحفظ ذلك الشيء المسروق فيه"[١]، والعادات الجارية بحفظ الأموال في الأحراز تختلف باختلاف الأموال؛ إذ الغرض من الحرز هو الحفظ الوثيق للأموال كي يعسر سرقتها؛ ولذلك وُصِف الحرز بأنه: "ما شأنه أن تحفظ به الأموال، كي يعسر أخذها مثل؛ الأغلاق، والحضائر، وما أشبه ذلك"[٢].

ووجه الرجوع إلى الأعراف السائدة بين الناس في أحراز الأموال المسروقة: هو عدم استواء الأموال في أثمانها، فلا يستوي المال الثمين مع غيره، كما أن العادات تختلف في حفظ الأموال، فتختلف الأحراز في ذلك تبعًا للعادات، فيشتد الحرز ويغلظ فيما كثرت قيمته كالذهب والفضة، ويقل الحرز فيما خفت قيمته؛ كالحطب، فلا يجعل حرز الحطب حرزًا للذهب أو الفضة، ولا يجعل حرز الذهب أو الفضة حرزًا للحطب، فحرز الحطب هو الحظائر وتعبئته وربطه، وحرز الذهب والفضة والنقود هو الأبنية الحصينة في المحال المسكونة من البلد في الدور والدكاكين بإغلاقها غلقًا وثيقًا وإقفالها، فلا يقطع سارق الذهب والفضة إذا سرقها من حرز الخشب والحطب[٣]؛ لأن حرز الذهب والفضة حرز وثيق حصين، وليس الاصطبل حرزًا للثياب والنقود والحلي التي يكون حرزها الصناديق والخزائن المغلقة، بينما حرز الدواب هو الاصطبل، وحرز المواشي من الإبل والبقر والغنم هو الحظائر والمراعي مع راعٍ يرعاها فيه غالبًا، وحرز الدواب مرابطها، وحرز البيت

---

(١) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٦٩.

(٢) السابق، ٢/٣٦٩.

(٣) الأحكام السلطانية، للماوردي، ٣٧٤.

إغلاقه، وحرز السفن هي الشواطئ مع ربطها فيه، والدكاكين المغلقة والخزائن أحراز لما فيها، فكل هذه الأحراز مختلفة بحسب جريان العادات بذلك[1]، وهكذا فإن الحرز يرجع في معرفته إلى الأعراف والعادات؛ لاختلافه باختلاف الأموال، ولأنه ليس هناك نمط معين للعرف، ولأن الشارع لم يضبط الحرز بضابط معين، وفي هذا يقول ابن قدامة: "الحرز ما عُدَّ حرزًا في العرف، فإنه لمَّا ثبت اعتباره في الشرع من غير تنصيص على بيانه عُلِم أن ذلك إلى أهل العرف؛ لأنه لا طريق إلى معرفته إلا من جهته"[2].

كما أن للعرف دورًا في تقسيم الحرز، فالحرز نوعان[3]: –

١ – **حرز بالمكان:** وهو ما أعد للحفظ؛ كالدور، والبيوت، والحانوت، والصندوق[4]، والخيم، وزرائب الأغنام والمواشي[5]، وهذا النوع من الحرز لا يعتبر فيه الحافظ؛ لأنه محرز بدونه، وهو المكان الذي أعد للحفظ[6]؛ ولذلك يسمى هذا الحرز: "حرز بنفسه"؛ لأنه محرز بدون حافظ، بل بالمكان[7].

---

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ١٠٤/٤؛ الفروق الفقهية، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ٦٢؛ بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٦٧/٢، ٣٦٩؛ أحكام القرآن، لابن العربي، ٦١٠/٢؛ الأحكام السلطانية، للماوردي، ٣٧٣– ٣٧٤؛ المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، للنووي، مطبوع مع نهاية المحتاج للرملي، وبهامشه حاشية الشبراملسي – الجميع، ٤٤٨/٧؛ القواعد، للعلائي، ٤٠٧/٢– ٤٠٨؛ القواعد، للحصني، ٣٦٠/١– ٣٦١، المغني، لابن قدامة، ٢٤٩/٨؛ السياسة الشرعية، لابن تيمية، ١٠٧؛ الفروع لابن مفلح، ١٣٠/٦– ١٣١؛ سبل السلام، للصنعاني، ١٣٠٧/٤؛ نيل الأوطار، للشوكاني، ٢٧٧/٧، ٢٧٨.

(٢) المغني، ٢٤٩/٨.

(٣) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ١٠٤/٤.

(٤) السابقان، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٥) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، لعبد القادر عودة، ٥٥٥/٢.

(٦) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ١٠٤/٤.

(٧) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، لعبد القادر عودة، ٥٥٥/٢.

٢ – **حرز بالحافظ:** وهو كل مكان غير معد للاحراز يدخل إليه بلا إذن ولا يمنع منه[١]، فالحافظ كمن جلس في الصحراء أو في الطريق وعنده متاعه فهو محرز به، وسواء كان المتاع تحته أو عنده؛ لأنه يعد حافظاً له في ذلك كله عرفاً[٢]، غير أنه لمَّا كان هذا النوع من الحرز يعتبر فيه الحافظ فإنه يسمى: "حرز بغيره"[٣]؛ حيث تتوقف صيرورته حرزاً على وجود غيره وهو الحافظ.

(١) السابق، ٢/٥٥٦.

(٢) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٤/١٠٤.

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي مقارناً بالقانون الوضعي، لعبد القادر عودة، ٢/٥٥٦.

المبحث التاسع

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالعرف والعادة في قانون الجرائم والعقوبات اليمني

أولاً: أن هذه القواعد تفيد القاضي في تحديد مدلول بعض الأقوال والأفعال التي يجرمها القانون، ولم يأت تفسيرٌ لها في نص القانون.

وتوضيح ذلك: أن من الألفاظ ما يختلف باختلاف العرف في كونها تحمل مدلول الإهانة من عدمه، فلفظ من الألفاظ قد يكون إهانة في بعض الأحوال والأعراف ولا يكون إهانة في عرف وفي عصر آخر، كالسبِّ والشتيمة. فإن لفظًا من الألفاظ قد يكون سبًّا أو شتيمة في بعض الأحوال والأعراف ولا يكون سبًا أو شتيمة في عرف آخر وفي عصر آخر[1]؛ ولذلك لم ينص القانون اليمني على حصر معيّن لألفاظ السب، بل جعل لفظ السب واسعًا ليدخل فيه كل ما يدل على الاحتقار والإهانة عند أهل وطن من تعرض للسب، حيث ذكرت المادة رقم (٢٩١) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني ذلك بقولها: "السب هو إسناد واقعة جارحة للغير لو كانت صادقة لأوجبت عقاب من أسندت إليه قانونًا أو أوجبت احتقاره عند أهل وطنه، وكذلك كل إهانة للغير بما يخدش شرفه أو اعتباره، دون أن يتضمن ذلك إسناد واقعة معيّنة إليه".

ومما يدخل في ألفاظ الشتيمة: تكفير الشخص، أو تفسيقه بدون حقّ، ولعنه، أو لعن أبيه، أو قبيلته، أو أهل بلده، ونحو ذلك[2]،غير أنه لمّا كان السب غير القذف، إذ القذف ــ كما تقدم ــ هو: الرمي بالزنى، أو نفي النسب، وعقوبته عند ثبوته الجلد ثمانون جلدة، فإن عقوبة السب عقوبة تعزيرية باعتباره من المعاصي التي ليست فيها

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي(الجريمة)، محمد أبو زهرة، ١٨٠.
(٢) السياسة الشرعيّة في إصلاح الراعي والرعية، لابن تيمية، ١٦٣.

عقوبات مقدرة، فيستحق الجاني على هذه الجريمة التعزير؛ لأن الأساس في التعزير على السباب هو إيذاء الشخص بسببه ولحوق الشين به[1]، ولذلك فإنه يعزر كل من شتم آخر، أيًا كان نوع هذا الشتم؛ إذ فعله معصية فيها إيذاء للغير وليست فيها عقوبة مقدرة؛ ولهذا جعل القانون اليمني عقوبة السب عقوبة تعزيرية هي الحبس، أو الغرامة، وهذا ما نصَّت عليه المادة رقم (٢٩٢) من قانون الجرائم والعقوبات بقولها: "كل من سب غيره بغير القذف يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنتين أو بالغرامة لو كانت الواقعة المسندة للمجني عليه صحيحة".

وإذا كان القانون اليمني قد جعل عقوبة السب عقوبة تعزيرية، إلاّ أن القاضي لا يمكنه الحكم بذلك إلا بعد معرفته لعرف بلد من تعرض للسب أو الشتيمة، إذ العرف يبيّن مدى دلالة تلك الألفاظ للسب والإهانة من عدمهما، أي أن للقاضي أن يرجع في تحديد الفعل المكوّن لجريمة السب إلى العرف، فإذا لم يكن اللفظ الموجه للمجني عليه سبًا في العرف أو لا يجعله العرف إهانة أو احتقارا له فإنه لا عقاب على الجاني، إذ لا يكون في ذلك جريمة[2]، ففي هذا المثال يكون للعرف أثره في تكوين جريمة السب.

وبالنسبة للأفعال: فإن للعرف دورًا في اعتبار بعض الأفعال جريمة أو غير جريمة، فهناك من الأفعال ما تحدث من الإنسان بالنسبة لمال غيره، إلا أن ذلك الإحداث والمساس بمال الغير لا يعد اعتداءً بسبب العرف، فمن يرى شاة لغيره توشك أن تموت فيذبحها حتى يمكن الانتفاع بها لا يُعد اعتداءً على مال غيره، ومن رأى حريقًا يوشك أن يشب فيطفئه لا يعد اعتداءً على حرمة المنزل إذا دخل لذلك الغرض ولا يعد مرتكبًا جريمة؛ لأنه في هذه الأحوال وأشباهها يكون الإذن ثابتًا

---

(١) التعزير في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز عامر، ٢٠٨.

(٢) التعزير في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز عامر، ٢١٠؛ النظام الجنائي –أسسه العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي– د. عبد الفتاح خضر، ١/٧٥.

بالعرف، والإذن في العرف متغير، فلا يكون الفعل إجراما يعاقب عليه[1]، فللعرف إذن أثر واضح في تجريم الأقوال والأفعال التي لا يوجد بشأنها نص مبيح أو مجرم، وغنيٌ عن البيان أن العرف يتغير بتغير البلدان والأزمان.

ثانيًا: أن هذه القواعد تفيد في بيان حدود تطبيق نصوص التجريم والعقاب

وتوضيح ذلك: أنه لا بد من الرجوع إلى العرف لمعرفة ما يتضمنه النصّ القانوني لتجريم الفعل وعقابه؛ ومثال ذلك: ما نصَّت عليه المادة رقم (٢٩٤) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني من أن: "السرقة هي أخذ مال منقول مملوك للغير خفيةً ممَّا يصح تملكه..."، كما نصَّت الفقرة الرابعة من المادة رقم (٢٩٩) من نفس القانون على أن من مسقطات حد السرقة: حالة ما "إذا كان المسروق ثمارًا على الشجر أو ما يشابهها وأكلها آخذها من غير أن ينقلها إلى مكان آخر"؛ فالقاضي – بالنسبة لتوصيف فعل السرقة بأنها سرقة حدية – لا بد له من فهم حدود النصّ القانوني في تعريف السرقة بأنها: "أخذ مال منقول مملوك للغير خفيةً ممَّا يصح تملكه"، ولكي يطبق القاضي هذا النصّ تطبيقًا سليمًا على واقعة السرقة المعروضة أمامه فلا بد له من الرجوع إلى العرف لمعرفة ما إذا كان المال المسروق ممَّا يصح تملكه أم لا؟ لأن من الأموال ما يعتبره العرف حقيرًا تافهًا لقلة الرغبات فيه؛ ولذلك لا قطع فيه، ولذلك فإن القاضي يعتمد على عرف الناس وعاداتهم في بيان الشيء التافه – كالمكسور من الزجاج – فلا يقضي بالقطع في سرقته، إلا أنه قد يصبح بالصناعة ذا قيمة يجب بسرقته القطع[2]؛ فمعيار التفاهة وعدمها مرجعه عرف الناس وعاداتهم، فما يعتبر عندهم تافهًا فلا قطع فيه[3]،ولكن إذا أخرجت الصناعة الشيء التافه عن تفاهته كان القطع واجبًا في سرقته.

---

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي(الجريمة)، محمد أبو زهرة، ١٨٠.

(٢) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ١٠٨/٤.

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي، لعبد القادر عودة، ٢١١/١؛ النظام الجنائي: أسسه العامَّة في الاتّجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي، د. عبد الفتاح خضر، ٧٤/١.

كما أنه لا بد على القاضي من الرجوع إلى العرف عند تطبيق مسقطات حد السرقة، فللقاضي قبل أن يصدر حكمه القاضي بقطع يد السارق – مثلاً – لا بد عليه أن يعرف طبيعة المال المسروق، فقد تكون طبيعة ذلك المال شبهة لدرء حد القطع، ومما يعينه على معرفة ذلك هو الرجوع إلى أعراف الناس وعاداتهم، فمعرفة كلمة:"ما يشابهها" الواردة في الفقرة الرابعة من المادة رقم (٢٩٩) من قانون الجرائم والعقوبات – المذكورة آنفًا – والتي جاء فيها أن من مسقطات حد السرقة: "إذا كان المسروق ثمارًا على الشجر أو ما يشابهها وأكلها آخذها من غير أن ينقلها إلى مكان آخر"، فمن الأشياء التي تشابه الثمار على الشجر: ما يتسارع إليه الفساد(١).

ومن الأمثلة التي يتضح من خلالها وجوب الرجوع إلى العرف لفهم معنى النُصوص القانونية: ما ذكره الدكتور/ عوض محمد عوض عن جريمة الاعتياد بقوله: "هي التي تتكون من سلوك متكرر في أوقات مختلفة، والخطر فيها لا يكمن في ارتكاب الفعل مرة، بل في المعنى المستفاد من تكراره، ومن هذه الجرائم: الاعتياد على ممارسة الفجور والدعارة، والاعتياد على الإقراض بربا فاحش، وعبارة النّصّ هي التي تكشف عن طبيعة الجريمة... ولا نزاع في أن لفظ (الاعتياد) يقتضي التكرار"(٢).

ومن هنا فإن إفادة معنى الاعتياد مفهوم من أن الاعتياد لا يثبت بأقل من مرتين؛ لأن الاعتياد يحمل من طياته – فوق السلوك الإجرامي المادي – موقفًا نفسيًا هو الميل إلى ممارسة الفعل، وهذا الميل هو مكمن الخطر وعلة العقاب(٣).

ثالثًا: أن هذه القواعد تفيد في سهولة تطبيق القانون

---

(١) تأسيس النظر، للدبوسي، ٦٢؛ المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ١٠٨/٤؛ الفروع، لابن مفلح، ١٢٣/٦.

(٢) قانون العقوبات، القسم العام، ٤١.

(٣) السابق، ٤١، ٤٢.

وذلك كما في الديات والأروش، فإن الرجوع إلى العرف يسهل تحديد نوعها ومقدارها، كما أن العرف يسهل على الجاني دفعها، من جهة أنها من غالب نقد البلد، حيث لا يجد الجاني مشقة في البحث عن جنسها، وفي هذا مصلحة لأولياء دم المجني عليه أيضًا من جهة استلام دية مورثهم من غالب نقد البلد الجاري التعامل به.

رابعًا: أن هذه القواعد تفيد في تكملة النصوص التجريمية

وتوضيح ذلك: أنه إذا كان تحديد الواقعة محل التجريم يلجأ فيها إلى العرف السائد فإن ذلك يعني أن للعرف أثره في تكملة النصّ التجريمي، وذلك كتحديد مفهوم الأفعال المخلة بالحياء العام، حيث يتدخل العرف السائد في منطقة معينة لبيان المقصود بهذا المفهوم(١)؛ ولهذا فإن القانون اليمني عندما عرّف الفعل الفاضح في المادة رقم (٢٧٣) من قانون الجرائم والعقوبات بقوله: "الفعل الفاضح المخل بالحياء هو كل فعل ينافي الآداب العامّة أو يخدش الحياء، ومن ذلك: التعري، وكشف العورة المتعمد، والقول والإشارة المخل بالحياء والمنافي للآداب"، فإنه قد جعل العرف هو المرجع في تحديد الفعل الفاضح؛ لأن الآداب العامّة تتغير بتغير ظروف الزمان والمكان، فما يعتبر في بلد فعلاً أو قولاً مخالفًا للآداب العامّة قد لا يكون كذلك في بلد آخر، وما يعد من الآداب العامّة في المجتمع في وقت معين قد لا يعتبر كذلك في وقت آخر؛ لأن الآداب العامّة هي وليدة المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة في كل مجتمع وما جرى عليه العرف وتواضع عليه الناس داخل المجتمع من مبادئ تحض عليها الأديان وتقضي بها الفطرة السليمة، ولذلك فإن على القاضي أن يتبع الرأي العام في تعيين ما يعتبر من الآداب العامّة، وما يشعر به ضمير المجتمع؛ لأن فكرة الآداب العامّة فكرة متطورة تتغير وتتبدل من عصر إلى عصر ومن مكان إلى

---

(١) القاعدة الجنائيّة على بياض، د. عصام عفيفي، ١١٥.

مكان[1]، غير أنه لما كانت الشريعة الإسلامية في اليمن هي المصدر الرئيسي في التشريع العقابي اليمني – كغيره من فروع القانون – فإن القاضي مقيد بقواعد الأخلاق في الشريعة الإسلامية في تحديد ما يعتبر من الأفعال مخلاً بالحياء العام.

وغني عن البيان القول بأن الشريعة الإسلامية عنيت بحماية الأخلاق والآداب أشد العناية، وذلك بغية إيجاد مجتمع مثالي بعيد عن الميوعة والتخنث واللهو المحرم؛ ومن أجل ذلك أوجبت الشريعة التعزير على جميع الأفعال الموجهة ضد الأخلاق والآداب العامّة والتي قد يكون من شأنها نشر الرذيلة وإشاعة الفاحشة في المجتمع.

ومن خلال هذا تتضح أهمية العرف في تفسير القواعد في القوانين الجنائيّة؛ لأن قانون العقوبات كثيرا ما يحمي مصالح اجتماعيّة يتدخل العرف في بيان نطاقها؛ مثل الآداب العامّة[2]، فدور العرف في القانون الجنائي هو الدور التفسيري؛ لأنه كثيرًا ما ترد في القوانين الجنائيّة مصطلحات معينة بدون تعريف وبيان لها؛ مثل: اصطلاح الفعل الفاضح المخل بالحياء، واصطلاح خدش الشرف، واصطلاح السب، وغيرها، فمثل هذه الاصطلاحات يرجع فيها إلى العرف[3]، ولذلك" لا يجد القاضي مناصًا من الرجوع إلى العرف"[4]، حيث يستطيع بواسطته

(١) بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون(أصول القانون مقارنة بأصول الفقه)، د. محمد عبد الجواد محمد، ٩٤، ٩٥؛ نظرات في الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، ٥٥، ٥٧، ٥٨؛ دروس في مدخل القانون، عميد د. عوض محمد يعيش، ٢٧؛ المدخل للعلوم القانونية، جـ١: نظرية القانون، د. رجب عبد الكريم عبد اللاه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، طبعة منقحة ومزيدة بأحدث التعديلات الدستورية، ٢٠٠٤م، ١١١- ١١٦.

(٢) لا جريمة لا عقوبة إلاّ بنص، للباحث: حمدي رجب عبد الغني، ١٣٨. [رسالة ماجستير سبق الإشارة إليها].

(٣) السابق، ١٣٨، ١٣٩.

(٤) السابق، ١٣٩.

تحديد صورة ذلك السلوك الفعلي أو القولي؛ لأن العبرة في ذلك هو بما يراه المجتمع أنه فعل فاضح لا بما يراه الشاكي[1]، ولأن الإيذاء – سواء كان قولاً أو فعلاً – يختلف في كثير منه باختلاف عادات الناس، فقد يكون اللفظ شتمًا في بلد ما ولا يكون كذلك في آخر، وقد يجرح الكرامة عمل في بلد لا يجرحها في آخر[2]، كما أن العرف قد يفيد أحيانًا في منع العقاب، وذلك كامتناع العقاب على أفعال التأديب التي تمارس ممن لهم ولاية على الصغار دون الوالدين – كالمعلم – [3]، إضافة إلى أن العرف يدخل في التعزير، فعقوبة التعزير تختلف باختلاف الناس وعاداتهم وأحوالهم، فقد يردع الحبس من لا يردعه التغريم بالمال، وقد يكون الجلد هو العقاب الرادع، ولهذا فوض الشارع تحديد العقوبات التعزيرية إلى ولاة الأمر[4].

خامسًا: أن هذه القواعد تفيد كمرجع لبيان ما هو عدوان وما هو مشروع في بعض الأفعال

وتوضيح ذلك: أن للعرف مجالاً في تحديد الأمور التي ترفع عن الفعل في بعض الحالات وصف الجريمة، فيبقى ذلك الفعل أو يعود مباحًا على أصله، وهذه الحالات هي ما تسمى بأسباب الإباحة[5]؛ وهي من الأسباب التي تستبعد صفة الجريمة، ومن تلك الأسباب: ما نصّت عليه المادة رقم (٢٦) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني التي جعلت من أسباب الإباحة "استعمال الحق وأداء الواجب"، وهو ما نصّت عليه بقولها: "لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون، أو قيامًا بواجب يفرضه القانون أو استعمالا لسلطة يخولها"، فاستعمال الحق، والقيام

---

(١) لا جريمة لا عقوبة إلاّ بنص، للباحث: حمدي رجب عبد الغني ، ١٣٨.

(٢) قاعدتان فقهيتان: العادة محكمة– لا ضرر ولا ضرار، د. أحمد فهمي أبو سنة ٢٣ – ٢٤

(٣) لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنص، للباحث جمدي رجب عبد الغني، ١٣٨. [رسالة ماجستير سبق الإشارة إليها].

(٤) قاعدتان فقهيتان: العادة محكمة –لا ضرر ولا ضرار، د. أحمد فهمي أبو سنة ٢٤.

(٥) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٨.

بالواجب، هما من صور الإباحة التي ترفع عن الفعل صفة الجريمة، واستخلاص بعض تلك الصور يعتمد فيها على العرف[1]؛ لأن "العرف هو أصدق تعبير عن ضمير المجتمع وإرادته"[2].

ومن أهم التطبيقات العرفية لما يسمى:"نظرية مشروعية الفعل المعاقب عليه أو انعدام صفة الإجرامية"[3]: ما يتعلق باستعمال الحق؛ كاستعمال الوالدين حقهما في تأديب أولادهما، فضلاً عن أن ذلك من أحكام الشريعة الإسلامية، فحق الوالدين في تأديب الصغار من الأبناء، مبناه العرف العام[4]، وهذا مقرر في الشريعة الإسلامية بقول الرسول ﷺ: «**عَلِّمُوا الصَّبِيَّ الصَّلَاةَ ابْنَ سَبْعِ سِنِينَ، وَاضْرِبُوهُ عَلَيْهَا ابْنَ عَشْرٍ**»[5]، فإن ذلك إنما شرع تأديبًا ليلحق الصبي بأخلاق المسلمين ويعتاد الصلاة في المستقبل[6]، كما يؤدب الصبي على أداء ما تحتاج إليه الصلاة من الطهارة الواجبة، ونحوها، ومن تمام ذلك: تعاهد مساجد المسلمين[7]، وهكذا فإن

---

(١) النظام الجنائي -أسسه العامَّة في الاتِّجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي- د. عبد الفتاح خضر، ١٨٢/١.

(٢) القانون الجنائي(المدخل وأصول النظرية العامَّة)، د. علي راشد، ٥٠١.

(٣) السابق، ٥٠٥.

(٤) القانون الجنائي (المدخل وأصول النظرية العامَّة)، د. علي راشد، ٥٠٥؛ النظام الجنائي -أسسه العامَّة في الاتِّجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي- د. عبد الفتاح خضر، ٧٤/١، ١٨٢؛ شرح الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٦٦/١.

(٥) أخرجه الترمذي واللفظ له من حديث سَبْرة، عن أبيه، عن جده، عن النبي ﷺ (أبواب الصلاة) (٢٩٩) باب ما جاء متى يؤمر الصبيُّ بالصلاة، حديث رقم (٤٠٧) ٢٥٩/٢ وقال: "حديث سبْرة بن معبد الجهنيّ حديث حسن صحيح"؛ وأبو داود في سننه عن سبْرة أيضًا(٣) كتاب الصلاة (٢٦) باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث رقم (٤٩٤) ٢٤٢/١، وأحمد في مسنده عن سبْرة أيضًا ٤٠٤/٣.

(٦) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام؛ تيسير التحرير، لأمير بادشاه، ٢٥٤/٢، ٢٥٥.

(٧) السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ١٣٩.

العرف العام يقر حق الوالدين في تأديب الصغار من الأبناء، فالتأديب في هذه الحالة صورة من صور الإباحة التي ينتفي معها كون التأديب جريمة[1]، ويترتب على ذلك: رفع العقاب؛ لأن المصلحة الاجتماعيّة تعلو على الفائدة التي تعود على المجتمع من اعتبار تأديب الوالدين للصغار من الأبناء جرائم، فهذا من المسالك العرفية المقررة في مختلف الدول[2].

ومن التطبيقات العرفية لانعدام صفة الإجرام في المجال الجنائي: حرية ممارسة الألعاب الرياضية[3]، فالقانون بصفة عامة يبيح ممارسة الألعاب الرياضية المألوفة لنا حتى ما كان منها يتطلب – أحيانًا – العنف، مثل: كرة القدم، فقد يترتب على ممارسة هذه اللعبة أن يصاب بعض اللاعبين بفعل البعض الآخر – خلال اللعب – بإصابات قد تكون بالغة، بل قد تؤدي إلى الوفاة أحيانًا، ومع ذلك لا يسأل من تسبب في هذه الإصابات جنائيًا، غير أن حرية ممارسة الألعاب الرياضية مقيدة دون شك بقواعد اللعب المتعارف عليها والتي تكون واجبة الاحترام، ويترتب على عدم مراعاتها – أو الخطأ فيها – مسئولية اللاعب عن نتائج فعله بوصفها جرائم عمدية أو غير عمدية، على حسب ما تتكشف عنه وقائع الحال من توفر العمد أو مجرد الخطأ[4].

ومن التطبيقات العرفية أيضًا لانعدام صفة الإجرام في المجال الجنائي: مباشرة مهنة الطب أو الجراحة، فأساس الرخصة فيها هو أن الدرجة العلميّة التي يحصل عليها الطبيب أو الجراح – طبقًا للقواعد والأوضاع التي تنظمها القوانين أو

---

(١) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٦٦.

(٢) النظام الجنائي –أسسه العامّة في الاتّجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي– د. عبد الفتاح خضر، ٧٤/١.

(٣) القانون الجنائي (المدخل وأصول النظرية العامّة)، د. علي راشد، ٥١٠، ٥١١؛ النظام الجنائي –أسسه العامّة في الاتّجاهات المعاصرة والفقه الإسلامية– د. عبد الفتاح خضر، ١/ ١٨٢.

(٤) القانون الجنائي(المدخل وأصول النظرية العامّة)، د. علي راشد، ٥١٠، ٥١١.

اللوائح – تمنحه قانونًا الحق في مزاولة مهنة الطب أو الجراحة بقصد علاج المرضى أو الجرحى، وتلك الإجازة العلميّة في الواقع هي أساس الترخيص الذي تتطلب اللوائح الخاصّة بتنظيم هذه المهنة الحصول عليه قبل مزاولتها فعلاً[1]، وعلى هذا تكون القاعدة: "أنه لا جريمة فيما يأتيه الطبيب أو الجراح من أفعال تدخل في حدود الحق المخوّل له بمقتضى مهنته ولا تتجاوز الغاية منه"[2]؛ وذلك تطبيقًا لانعدام صفة الإجرام عند مباشرة استعمال الحق، ولذلك فإن ما يحدثه الجراح بالمريض أو المصاب من جروح أو استئصال لبعض الأعضاء أو الأجزاء ممّا يستلزمه علاج هذا الأخير، مع ما قد يؤدي إليه من الوفاة أحيانًا لا يعتبر جريمة من قبل الطبيب أو الجراح؛ لتجرده من صفة العدوان، ولأنه استعمال لحق معترف به قانونًا[3]؛ ولذلك فإن من لا يملك حق مزاولة مهنة الطب أو الجراحة يسأل عماً يحدثه بالغير من الجروح وما إليها باعتباره متعديًا أو على أساس العمد، كذلك الشأن بالنسبة لمن يزاول مهنة الطب أو الجراحة في خارج النطاق الذي تسمح به اللوائح – كجراح الأسنان إذا أقدم على إجراء جراحة فتح البطن لاستئصال الزائدة الدودية أو ما شابه ذلك – فإنه يؤاخذ جنائيًا على نتائج فعله هذا على أساس العمد؛ لأن الترخيص في مزاولة الأعمال الطبية يعد من الشروط التي أقرها العرف المهني الخاص بمزاولة الطب[4]، فمزاولة مهنة الطب والجراحة مقيدة بضرورة الحصول مسبقًا على ترخيص قانوني من الجهة المختصة لمزاولة المهنة بصفة عامة، وهذا القيد هو

---

(١) القانون الجنائي(المدخل وأصول النظرية العامّة)، د. علي راشد، ٥١١؛ النظام الجنائي – أسسه العامّة في الاتّجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي– د. عبد الفتاح خضر، ١/٢٢٤؛ شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٧٥؛ المبادئ العامّة للتشريع الجنائي الإسلامي، د. رانف محمد النعيم، ٤١

(٢) القانون الجنائي(المدخل وأصول النظرية العامّة)، د. علي راشد، ٥١١.

(٣) السابق، نفس الصفحة.

(٤) السابق، نفس الصفحة.

تنظيمي أو شكلي تقتصر الغاية منه على مجرد التثبت مقدمًا من استيفاء الطبيب أو الجراح لكل الشروط التنظيمية اللازمة لذلك، ومخالفته لا تشكل إلاّ جريمة تنظيمية قانونية صرفة[1]، وهذا ما يسمى: بالخطأ الفني، الذي يقصد به: "إخلال بواجب خاص مفروض على فئة محدودة من الناس ينتسبون إلى مهنة معينة؛ كالأطباء، والمهندسين، والسائقين، وأرباب الحرف"[2].

ومن القيود العرفية لمزاولة مهنة الطب: ضرورة الحصول على إذن المريض أو المصاب صراحة[3] أو دلالة، وبخاصة في تلك الحالات الخطرة، ذلك أن الطبيب أو الجراح المرخص له قانونًا بمزاولة مهنته لا يملك – في غير حالة الضرورة – أن يرغم المريض أو المصاب على قبول علاجه كرهًا عنه، ومعنى هذا: أن رضا المريض أو المصاب – الصريح أو الضمني – لازم على كل حال حتى يمكن أن يتدخل الطبيب أو الجراح، وقد جرى العرف بالفعل على أن يحصل الجراح في الحالات الخطيرة بصفة خاصة على رضا المريض – أو من يمثله – قبل الشروع في إجراء الجراحة الخطرة التي يقدّر مع ذلك أنها الوسيلة اللازمة للعلاج، ولهذا الاعتبار بعض الأهمية في تحديد مسئولية الطبيب أو الجراح في حال مباشرة عمله بغير رضا المريض وفي حال أن يترتب على تلك المباشرة وفاة المريض مثلاً، فما لم يكن مستحقًا للإعفاء استنادا إلى وجوده في حالة الضرورة، وما لم يكن سيّئ النيَّة بحيث يعّد معتديًا ويسأل عن نتائج فعله على أساس العمد فإنه لا يكون إلا مزاولاً لمهنته (أي لحقّه)، ولكن بدون ذلك الإذن الخاص الذي يقيد هذا الحق في كل

---

(١) القانون الجنائي(المدخل وأصول النظرية العامّة)، د. علي راشد، ٥١٣؛ النظام الجنائي – أسسه العامّة في الاتّجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي–، د. عبد الفتاح خضر، ١/ ٢٢٤؛ شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٧٥.

(٢) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٢٧٥.

(٣) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٩؛ القانون الجنائي(المدخل وأصول النظرية العامّة)، د. علي راشد ٥١٣.

حالة على حدتها، فيعاقب على ذلك بصفة خاصة ومستقلة كما يعاقب على مزاولة المهنة بدون الترخيص القانوني[1]، وهكذا فإن الأعمال الطبية سبب من أسباب الإباحة يرجع في كيفية إباحتها إلى العرف، حيث يستند في إباحة الأعمال الطبية إلى الترخيص؛ ولذلك تعترف التشريعات بمهنة الطب والجراحة وتنظم كيفية مباشرتها[2].

ويلاحظ أن العرف المهني لمزاولة مهنة الطب قد جعل الترخيص لمزاولة تلك المهنة من حيث نطاقه: ترخيص عام لمزاولة جميع الأعمال الطبية، وترخيص خاص لممارسة تخصص طبي معين؛ كجراحة الأسنان، أو جراحة العيون، ومن هنا فإنه يتعين على الطبيب أن يتقيد بنطاق الترخيص وإلا تعينت عليه المسئولية؛ فلو قام طبيب أسنان بإجراء عملية جراحية في البطن – في غير حالة الضرورة – فإنه يسأل عنها مسئولية عمدية، ويسأل كذلك عن مختلف النتائج التي قد تترتب عليها[3].

ومن خلال هذا يتضح الدور المحدود الذي يلعبه العرف في مجال الإباحة، وهو في أن مباشرة أسباب الإباحة تكون بالكيفية التي يحددها العرف، وبالقدر الذي يحدده[4]، وبهذا تظهر أهمية العرف كمصدر للإباحة؛ إذ في الاستناد إليه مصلحة، وفي مخالفته حرج ومشقة، فأساس الدور الذي يلعبه العرف في كيفية ومقدار أسباب الإباحة هو مصالح الناس، فأساس الترخيص لمزاولة الأعمال الطبية هو مصالح

---

(١) القانون الجنائي(المدخل وأصول النظرية العامّة)، د. علي راشد، ٥١٣، ٥١٤.

(٢) النظام الجنائي –أسسه العامّة في الاتّجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي– د. عبد الفتاح خضر، ١/ ٢٢٣.

(٣) النظام الجنائي ـــ أسسه العامّة في الاتّجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي– د. عبد الفتاح خضر، ١/٢٢٥؛ شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٧٥.

(٤) النظام الجنائي –أسسه العامّة في الاتّجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي– د. عبد الفتاح خضر، ١/ ١٩٥.

الناس المتمثلة في علاج المرضى بتخليصهم من أمراضهم وآلامهم أو بتخفيفها، وأساس إباحة خرق أذان البنات لأجل الحلي معروف كيفيته ومقداره بناءً على العرف، فالاستناد إلى العرف في هذا الخرق مصدرًا للإباحة؛ لأن في الاستناد إليه مصلحة بتجميل البنات بالحلي، ولكنه مقيد بالقدر اللازم والضروري لذلك[1]، وبناء على ذلك يمكن القول: إن العرف يفيد في تحديد المسئوليات المهنية.

سادسًا: أن فهم هذه القواعد يفيد في تحكيم الأعراف والعادات في العقاب على الاعتداء على كثير من الأشياء المعاصرة المملوكة للغير

إذا كانت الأشياء المباحة أصلا لا قطع فيها إن لم تصر مملوكة للغير ولم تصر محرزة؛ كالطيور، والماء، والحشيش[2]؛ إلا أنها إذا صارت مملوكة للغير ومحرزة فإنها لم تعد مباحة بأصل الإباحة، ويمكن أن تكون محلاً للسرقة، فكل من استطاع أن يجعل الأموال المباحة بحكم الأصل في حيازته ويكون مالكًا لها، فإن سرقتها أمر مستحق للعقاب كما يعاقب على سرقة أي منقول، ومن الأشياء المباحة أصلاً: قوى الطبيعة؛ كالضوء، والحرارة، والتيار الكهربائي، والاتصالات، وغير ذلك، فمثل هذه الأشياء لا يوجد ما يمنع حيازتها والتسلط عليها وتملكها، وهو ما يجعلها مالاً منقولاً يعاقب على اختلاسها كما يعاقب على سرقة أي منقول آخر، فليس ثمة ما يمنع من اعتبار الكهرباء محلاً للاختلاس؛ لأن حيازتها والتسلط عليها ونقلها من مكان إلى آخر في حيز الإمكان[3].

سابعًا: أن فهم هذه القواعد يفيد في تكييف نوع الجريمة

لما كانت الجرائم ليست على نمط واحد فإن العرف يساعد القاضي على تحديد الوصف الدقيق للجريمة، فالقتل العمد – مثلاً – يدخل العرف في تحققه؛ وذلك

---

(١) النظام الجنائي –أسسه العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي- د. عبد الفتاح خضر، ١/ ١٩٥.

(٢) تأسيس النظر، للدبوسي، ٦٢؛ الفروع، لابن مفلح، ٦/ ١٢٤.

(٣) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ٢/٥٤٤.

بالنظر إلى الآلة القاتلة، فالمعتبر فيه أن تكون الآلة قاتلة عادة في الغالب؛ كالسيف ونحوه، وكالقتل بالتحريق، والتغريق، والإلقاء من مكان شاهق، والخنق، وغم الوجه حتى الموت، وسقي السُّم، ونحو ذلك من الوسائل التي تعتبر قاتلة عادة[1].

كما أن للعرف دورًا في اعتباره مصدرًا من مصادر معرفة أوجه القصور والخلل في بعض جرائم الخطأ وتفسير ذلك على أساس الخطأ، كالرجوع إلى العرف في معرفة خطأ الطبيب وإخلاله بأصول مهنته؛ لأن لكل مهنة أصولاً وقواعدَ، وأصول مهنة الطب تقضي باتباع قواعد الحيطة والحذر واستخدام الأساليب العلميَّة المتعارف عليها[2]، ولكن لمَّا كانت تلك القواعد تعتبر قواعد مهنية فإن إخلال الطبيب بأصول مهنته المتعارف عليها يطلق عليه: "الخطأ الفني المهني"[3]، كوصف دواء غير مناسب للحالة المرضية، وعدم تقدير خطورتها، والتقاعس عن استدعاء الطبيب الاختصاصي، وتجربة طريقة علاج جديدة لم تسبق تجربتها، وعدم إجراء التنظيفات والتعقيمات اللازمة في العمليَّات الجراحية، وغير ذلك؛ فمثل هذه الأخطاء يستعين القاضي في معرفتها – في حال رُفعت دعوى ضد الطبيب – بالرجوع إلى خبير يقرر مدى ممارسة الطبيب لها وفقًا لأصول مهنة الطب، فمثل هذه القواعد مستقرة في العرف المهني، والخطأ المتعلق بتطبيقها تنشأ عنه مسئولية الطبيب، ولا صعوبة تواجه القاضي في الكشف عن هذه القواعد؛ لأنها معروفة وواضحة وفي استطاعته

---

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٥/ ٢٣، ٢٤؛ تيسير التحرير، لأمير بادشاه، ١/ ٩٧؛ نهاية المحتاج، للرملي، ومتنه المنهاج، للنووي، ٧/ ٢٤٧؛ السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ١٥٥.

(٢) شرح الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٧٧.

(٣) شرح الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٧٧؛ النظام الجنائي –أسسه العامة في الاتِّجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي– د. عبد الفتاح خضر، ١/ ٢٣٣.

أن يعرفها عن طريق خبير يقوم بإبرازها له[1].

واتباع أصول المهنة هو من أكثر المشاكل في مسئولية الطبيب؛ لأن الطبيب قد يُقصر أو يخطئ في اتباع تلك الأصول فتقع نتائج ضارة، وعندئذ لا بد أن يسأل عنها مسئولية جنائية، فإذا وقعت تلك النتائج الضارة دون خطأ منه فإنه لا يكون مسئولاً؛ لأن الطبيب مطالب ببذل العناية المعهودة[2].

ثامنًا: أن هذه القواعد تفيد في التحقق من توافر الشروط اللازمة للحكم على تصرف الشخص بأنه جريمة

وتوضيح ذلك: أن فهم القاضي لقواعد العرف وعدم إغفالها عند نظر الوقائع يعينه كثيرًا على التحقق من أن التصرف الذي قام به الشخص يعد جريمة يعاقب عليها القانون، ومثال ذلك: ما نصّت عليه المادة رقم (٣٠٦) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني في تعريف الحرابة بقولها: "من تعرض للناس بالقوة أيًا كانت في طريق عام، أو صحراء، أو بنيان، أو بحرًا، أو طائرة، فأخافهم وأرعبهم، على نفس أو مال أو عرض، واحدًا أو جماعة، أو لأي غرض غير مشروع، قهرًا أو مجاهرة، اعتبر محاربًا"، فهذا النصّ وضح معنى الحرابة، ووضح متى يوصف الشخص بأنه محاربًا، ولكن القاضي لا يستطيع فهم شروط المحارب المقصود بها في هذا النصّ القانوني ما لم يرجع إلى العرف، ذلك أن مضمون هذا النصّ ينطوي على شرطين في الشخص لكي يوصف بأنه محارب، هما: –

الشرط الأول: أن يكون فعل الشخص مجاهرة في الإخافة والرعب التي يعتبرها العرف وسائل للإخافة والرعب.

---

(١) النظام الجنائي ـ أسسه العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي، د.عبد الفتاح خضر، ٢٣٣/١، ٢٣٥.

(٢) شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١/ ١٧٧.

الشرط الثاني: أن يكون فعل الحرابة بالقوة، وهذا الشرط لا يمكن للقاضي فهمه إلا بإعمال كل ما يدل عليه العرف بأنه وسيلة من وسائل القوة، فلا يقتصر معنى القوة على السلاح الناري، أو السيف، أو السكين، بل يدخل فيه أيضًا: العصي، والحجارة، ونحوها من كل ما يعتبر وسيلة من وسائل القوة في العرف.

وإذا كان هذان الشرطان ظاهرين من منطوق النَّصّ إلا أن هناك شرطًا ثالثًا لا يوحي به النص، وهو انقطاع الغوث عمن يتوجه إليه فعل الحرابة، فالغوث الذي يعني الاستعانة[1] يرجع في معرفة توافره من عدمه إلى العرف؛ لأن وسائل الاستعانة تختلف من مكان إلى آخر ومن زمن إلى آخر، فمن الوسائل المعاصرة التي يمكن اعتبارها وسائل للاستعانة والنجدة: التليفونات الثابتة، والمنقولة، ولذلك فإن القاضي لا يستطيع تحديد الفعل بأنه حرابة إلا بالرجوع إلى العرف والعادة، ويمكن فهم أثر العرف في شروط الحرابة من خلال ما ذكره ابن قدامة في مواضع متفرقة عن الحرابة، حيث قال – بالنسبة للغوث –: "وإن حضروا (يقصد المحاربين) قرية أو بلدًا ففتحوه وغلبوا على أهله، أو محلة منفردة بحيث لا يدركهم الغوث عادة، فهم محاربون؛ لأنه لا يلحقهم الغوث، فأشبه قطاع الطريق في الصحراء"[2]. فهذا تفسير للغوث على أساس العرف، وقال عن سلاح المحاربين: "أن يكون معهم سلاح... فإن عرضوا بالعصي والحجارة فهم محاربون"[3]، ثم علَّل اعتبار العصي والحجارة من جملة السلاح بأن: " ذلك من جملة السلاح الذي يأتي على النفس والطرف، فأشبه الحديد"[4]، وفي هذا إشارة إلى اعتبار العرف في آلة الحرابة، وفي أنها كل ما يقتل النفس ويؤذيها في العرف، وهكذا فإن العرف يساعد القاضي في التحقق من معرفة حقيقة الجرم، كما يساعده في عدم وصف الفعل بأنه جريمة، وقد

---

(١) تحرير التنبيه، للنووي، ٣٣٨، ٣٥٣.

(٢) المُغني، ٨/ ٢٨٨.

(٣) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٤) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

ذكر ابن القيم كثيرًا من تلك الأمثلة، منها: أن الضيف يشرب من كوز صاحب البيت ويتكئ على وسادته ويقضي حاجته في مرحاضه من غير استئذان باللفظ له، ولا يعد بذلك متصرفًا في ملك صاحب البيت بدون إذنه، وأخذ ما ينبذه الناس رغبة عنه من الطعام أو الثياب بدون إذن صاحبه[1]، وأن المستأجر لو رأى السيل يقصد الدار المؤجرة فبادر وهدم الحائط ليخرج السيل ولا يهدم الدار كلها كان محسنًا ولا يضمن الحائط، وأن الحريق لو وقع في دار المؤجر فبادر المستأجر وهدمها على النار لئلا تسري لم يضمن[2]، ثم علّق على هذه المسائل بقوله: "وأضعاف أضعاف هذه المسائل ممَّا جرى العمل فيه على العرف والعادة، ونزل ذلك منزلة النطق الصَّريح اكتفاء بشاهد الحال عن صريح المقال"[3]، ومن هذا كله يتبين أن للعرف فوائد في تحقيق الحق والعدل.

تاسعًا: أن فهم هذه القواعد يفيد في الترخيص بالمحظور إذا دعت إليه ضرورة الناس وجرى به العرف .

للعرف دور في ترخيص بعض الأفعال التي تحدث من الإنسان بالنسبة لغيره ولا تعد اعتداء بسبب العرف والمصلحة وثبوت الإذن بالعرف، فمن يرى شاة لغيره توشك أن تنفق فذبحها حتى يمكن الانتفاع بها لا يعد قد اعتدى علىٰ غيره، ومن رأى حريقًا يوشك أن يشب في دار جاره فأطفأه فإنه لا يعد معتديًا في العرف على حرمة المنزل إذا دخل لذلك الغرض؛ لأنه في هذه الأحوال وأشباهها يكون الإذن ثابتًا بالعرف، والإذن في العرف متغير، فلا يكون الفعل في مثل هذه الأحوال إجرامًا يعاقب عليه[4].

---

(١) الطرق الحكمية، ٢٠٣.

(٢) السابق، ٣٤.

(٣) السابق، ٣٥.

(٤) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي،(الجريمة)، محمد أبو زهرة، ١٨٠، قاعدتان فقهيتان:العادة محكمة-لا ضرر ولا ضرار- د. أحمد فهمي أبو سنة،٢٦.

عاشرًا: أن فهم هذه القواعد يفيد في الحرص على أدلّة الخصوم

لماَ كانت كثير من القضايا تتطلب حضور الشهود أمام القاضي للإدلاء بشهاداتهم، ولمًا كان بعض الشهود قد ينكرون شهاداتهم، ولمًا لم يكن ثمة مانع عقلي أو قانوني يمنع من توقيع الشهود على شهاداتهم، فإن القاضي إذا استحسن توقيع الشهود فلا بأس بذلك؛ حرصًا على حفظ حقوق المتقاضين، بل إنه "قد جرى العرف القضائي على توقيعهم على المحضر المتضمن شهادتهم"[1].

حادي عشر: أن فهم هذه القواعد يفيد في توضيح بعض الأشياء التي تتطلبها القضايا الجنائيَّة

وهذا واضح من خلال ما تقدم ذكره من إقرار العرف للرجوع إلى أهل الاختصاص لمعرفة الإصابات الناتجة عن الجنايات، بحيث يكون حكم القاضي على بينة واضحة.

ثاني عشر: أن اعتبار هذه القواعد له أثره في الحدّ من جرائم القتل عن طريق الثأر بدافع الانتقام الشخصي

وهذا واضح من خلال ما تقدم ذكره من إقرار القانون اليمني لجواز عفو أولياء الدم عن الجاني في القصاص بشرط خروجه من المحلة – أو البلدة، أو الناحية التي يسكنها ورثة المجني عليه، أو أقاربه – ويظهر أثر العرف في اليمن بصفة خاصة في الحد من الثأر من خلال وجود بعض الوسائل العرفية السائدة عند القبائل في اليمن، منها: أن القاتل عندما يصبح تحت رحمة أولياء الدم غالبًا ما يعفون عنه؛ لأن من شيم القبائل العفو عند المقدرة، وأن القاتل عندما يستجير بولي دم المقتول للعفو عنه يجد التسامح معه عادةً، وأن الجاني إذا وصل إلى منزل المجني عليه أو

---

(١) الإدارة القضائية، للقاضي عبد الملك عبد الله الجنداري، ٦٢؛ دليل كتبة المحاكم، للمؤلف نفسه، ٣٦.

ولي الدم وشرب فنجانًا من القهوة فإنه يأمن على نفسه يومًا كاملاً، وأن قواعد العرف تمنع قتل الخصم بدافع الثأر داخل منزل ولي الدم احتراما لحرمة المسكن، كما تقضي قواعد العرف بعدم قتل القاتل خارج منزله إذا كان يرافقه نساء أو أطفال(1).

ثالث عشر: أن هذه القواعد تفيد في سرعة تنفيذ الأحكام القضائية

وهذا واضح من خلال ما مر من تحمل العاقلة الدية مع الجاني في غير العمد؛ إذ في تحمل العاقلة مع الجاني سرعة لأداء الدية.

رابع عشر: أن هذه القواعد تفيد في استقرار التعاملات

وهذا واضح من خلال ما سبق ذكره من إيجاد عقاب لعدم قبول التعامل بالعملات والمسكوكات المتداولة ما لم تكن مزورة.

خامس عشر: أن فهم هذه القواعد يفيد في التحقق من توافر شروط العقاب من عدمه

وهذا واضح من خلال التمثيل لتفسير الحرز في الأموال المسروقة وفقًا للأعراف؛ لأن من شرط إقامة حد السرقة: أن يكون المال مسروقًا من حرز.

وخلاصة ذلك كله: أنه من خلال معنى العرف، وأمثلته، وقواعده، وحجيته، يتبين أن العرف ليس دليلاً مستقلاً يُشْرع الحكم في الواقعة بناء عليه، وإنما هو دليل يتوصل به إلى فهم عبارات النصوص الشرعيّة والقانونية وألفاظ المتعاملين، كما يتوصل به إلى تخصيص العام منها وتقييد المطلق، ويُستند إليه في تصديق قول أحد المتداعيين إذا لم توجد لأحدهما بينة، وفي رفض سماع بعض الدعاوى التي يكذبها العرف، وفي اعتبار الشروط التي جرى بها العرف، وفي الترخيص

---

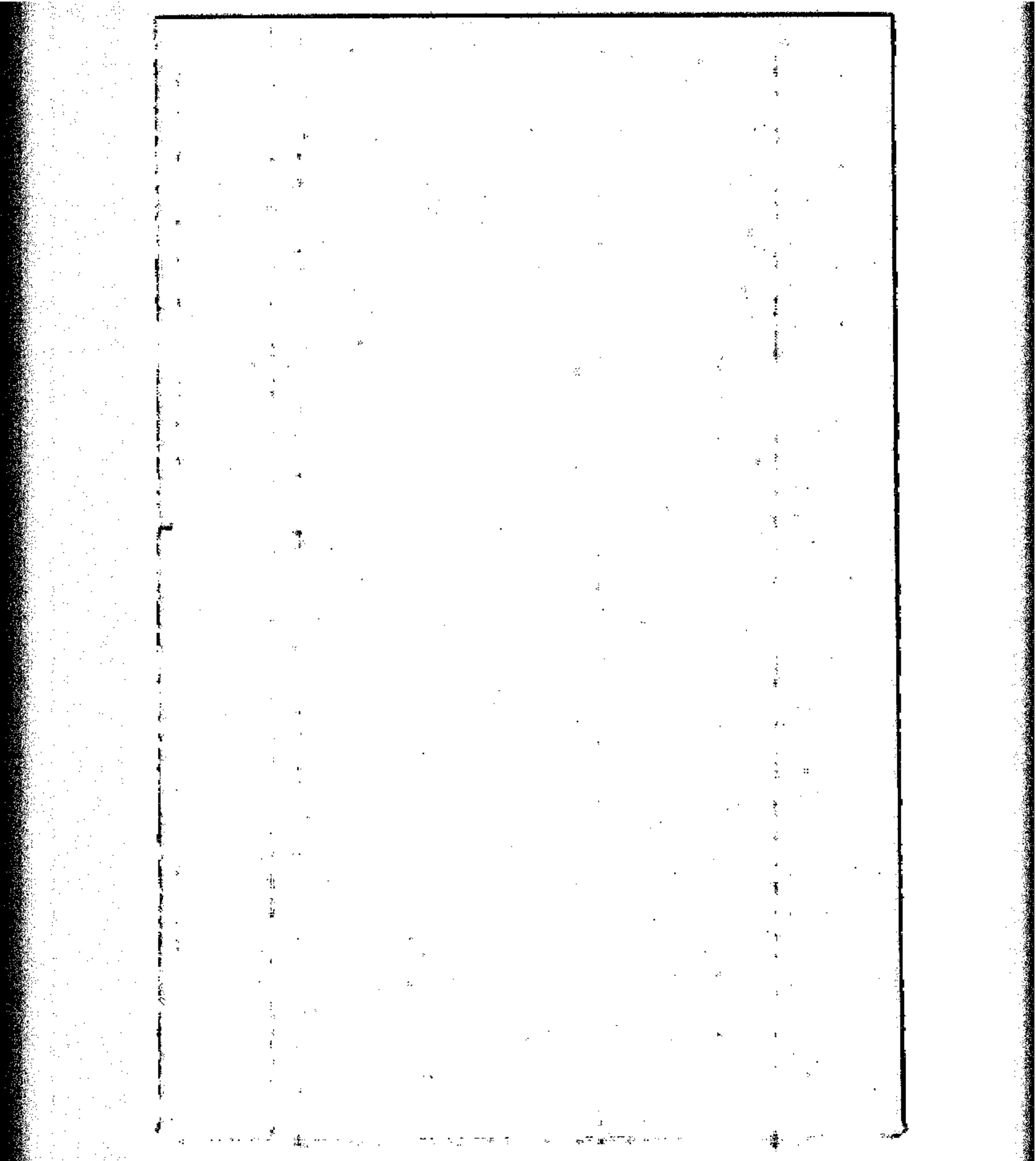
(1) تأثير العرف في الوعي الحقوقي القانوني(ورقة عمل سبق الإشارة إليها)، د.عبد الله الفسيّل ١٢٩.

بالمحظور إذا دعت إليه ضرورة الناس وجرى به عرفهم، وكل هذا يجعل قضاء القاضي ملائمًا لحال البيئة ومتفقًا وإلف الناس ومصالحهم.

كما تظهر فائدة فهم قواعد العرف في ترك التشريعات لتعيين وتحديد كثير من الأمور المتعلقة بالعادات؛ كالأزياء، والمساكن، والنفقات، والمطعومات، والأدوية، والإسعافات... الخ؛ لأن في عدم تحديد ذلك استقرارًا للمجتمعات، لأن عادات الناس تختلف ولا يمكن حمل قوم على اتباع عادات قوم آخرين في التشريع، وإنما يراعي التشريع حمل أصحاب كل عادة على اتباعها؛ لأن التزامهم إياها واطّرادها فيهم يجعلها بمنزلة الشروط بينهم، يحملون عليها في معاملتهم إذا سكتوا عمّا يضادها، كما أن القضاء بالعوائد يرجع إلى معنى الفطرة، لأن شرط العادة التي يُقضى بها: أن لا تنافي الأحكام الشرعيّة، فهي تدخل تحت حكم الإباحة[١].

كما أن العرف يفيد في إرساء تشريعات تجلب التيسير للناس؛ كما في تقويم الديات وأروش الجنايات، فلا مانع من سن قوانين تحدد نوع ذلك من جنس مايعتاد التعامل به؛ فيجري تقويمها بالنقود لحاجة الناس إلى ذلك.

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، لمحمد الطاهر بن عاشور، ٥٨، ٨٩.



الفصل الثاني

قواعد أصولية وفقهية كاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن

ويشتمل على: –

المبحث الأول: معنى الاستصحاب في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني.

المبحث الثاني: حجّيّة الاستصحاب في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني.

المبحث الثالث: قواعد الاستصحاب في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني.

المبحث الرابع: أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني.

المبحث الخامس: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني.

المبحث السادس: أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني.

المبحث السابع: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني.

المبحث الثامن: أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب في قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

المبحث التاسع: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب في قانون الجرائم والعقوبات اليمني

المبحث الأول

معنى الاستصحاب في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني.

أولاً: معنى الاستصحاب في الشريعة الإسلامية.

١ – يعرف الاستصحاب اختصاراً: بأنه "إبقاء ما هو ثابت بالدليل"[١]، أي أن يحكم بإبقاء ما كان في الماضي على حاله وثبوته في الحال أو الاستقبال إلى أن يوجد دليل يغير حكم الحالة الماضية[٢].

٢ – أما تفصيلاً: فقد عُرِّف الاستصحاب بأنه: "أنّ ما ثبت في الزمن الماضي فالأصل بقاؤه في الزمن المستقبل، مأخوذ من المصاحبة، وهو بقاء ذلك الأمر ما لم يوجد ما يغيِّره، فيقال: الحكم الفلاني قد كان فيما مضى، وكلما كان فيما مضى ولم يظن عدمه فهو مظنون البقاء"[٣].

وهذا التعريف يقصد منه: الحكم على الحال بمثل الحكم على الماضي؛ لأن المصاحبة المشتق منها الاستصحاب يقصد بها: "طلب صحبة الحال للماضي، بأن يُحكم على الحال بمثل ما حُكم في الماضي"[٤].

وبناءً على هذا فإن ما عُلم وجوده في الماضي ثم حصل تردد في زواله حكمنا ببقائه استصحابا لوجوده السابق، وما عُلم عدم وجوده في الماضي ثم حصل تردد في وجوده حكمنا باستمرار عدمه استصحابا للعدم السابق، ولذلك فإن استصحاب الحال ببقاء الأمر على ما كان عليه ما لم يوجد ما يغيره يكون بإبقاء

---

(١) تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني، ١٧٢.

(٢) كشف الأسرار، للنسفي، وشرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون، بهامشه، ٢/٢٦٨؛ الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٧٧؛ تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٤٧.

(٣) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٢٤٨.

(٤) شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون، بهامش كشف الأسرار، للنسفي، ٢/ ٢٦٨.

الأمر على ما كان عليه وجودًا أو عدمًا[1].

ومقتضى هذا: أنه إذا دل دليل على ثبوت حكم شرعي في حادثة وبحث المجتهد بقدر وسعه عن الدليل الذي يُغيِّر الحكم أو يزيله ولم يهتد إليه ولم يظفر به فإن الحكم الثابت بالدليل يكون ثابتًا بالاستصحاب إلى أن يظهر دليل آخر[2].

والاستصحاب يطلق في الغالب على الاستصحاب المشهور[3] وهو استصحاب الحال[4]، وقد يطلق الاستصحاب على الأصل، فيقال مثلاً: "**الأصل براءة الذمة**"، بمعنى استصحاب البراءة الأصلية[5].

ومن خلال هذا يتبين أن الاستصحاب قاعدة من قواعد الأصول، كما أن قواعده تتنوع تبعًا لأنواع الاستصحاب، كما سيأتي لاحقًا.

ثانيًا: معنى الاستصحاب في القانون اليمني

الاستصحاب في القانون اليمني منصوص على معناه في المادة رقم (١١) من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني، التي جاء فيها:أن "الأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره..."، فهذا النصّ يعني التمسك بالحكم الثابت بالدليل في حادثة من الحوادث وإبقائه على ما كان إلى أن يظهر دليل على ثبوت ما يغيره.

ثالثًا: المقارنة بين معنى الاستصحاب في الشريعة الإسلامية وبين معناه في القانون اليمني.

بمقارنة تعريف الاستصحاب عند الأصوليين وفي القانون اليمني يتضح أن القانون اليمني يتفق في تعريفه للاستصحاب مع ما ذكره علماء الأصول، إلا أن

---

(١) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٢٤٨.

(٢) أصول الفقه الإسلامي، د. عبد المجيد مطلوب، ٢١٧.

(٣) شرح المحلي على الورقات في علم أصول الفقه، ١٢٣.

(٤) الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٧٧؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٦٠١.

(٥) تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٤٧؛المستصفى، للغزالي، ١/١٩٧؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٢٥٠.

ورود التعريف مختصرًا في القانون اليمني وارد أيضًا عند بعض العلماء، كما سبق ذلك، كما أنه قد سبق القول في بداية هذا البحث بأنّ الاستصحاب يطلقه العلماء على معنى الأصل.

المبحث الثاني

حجية الاستصحاب في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني

أولاً: حجية الاستصحاب في الشريعة الإسلامية

اختلف العلماء في حجية الاستصحاب من عدمه، فمنهم من قال بحجية استصحاب الحال، ومنهم من نفى حجيته، ومنهم من احتج به في جانب ونفاه في جانب آخر، وتفصيل ذلك كما يلي: –

القول الأول: أن الاستصحاب حجة.

وهذا ما ذهب إليه الجمهور، فهو مذهب المالكية[1]، والصحيح[2] والمختار[3] عند الشافعية، وهو مذهب الحنابلة[4]،

---

(١) إحكام الفصول، للباجي، ٦١٣/٢، ٦١٤؛ الإشارة في أصول الفقه، للمؤلف نفسه، ٣٠٠، ٤٢٢؛ تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٤٧؛ مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول، للتلمساني، ١٢٧، ١٢٨؛ وانظر في نسبة هذا القول إلى الإمام مالك: [الإشارة في أصول الفقه، للباجي، ٣٠٠–٣٠١؛ تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٤٧].

(٢) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٦٠١؛ وانظر في الجزم بحجية استصحاب الحال ما ذكره المحلي، بقوله: "هو حجة جزمًا". انظر: [شرح الورقات في علم أصول الفقه، ١٢٣].

(٣) الورقات في علم أصول الفقه، للجويني– مطبوع مع شرح الورقات، للمحلي، وبهامشه: حاشية الدمياطي على شرح المحلي على الورقات–الجميع–١٢٣، ١٢٦؛ المحصول في علم أصول الفقه، للرازي، ١٠٩/٦؛ تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني، ١٧٢؛ القواعد، للحصني، ٢٧٢/١؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، طبعة الموصل، ٦٢٩/٢.

(٤) العدة في أصول الفقه، لأبي يعلي الفراء، ٧٢/١؛ التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني، ٣١/١، ٢٥١/٤؛ روضة الناظر، لابن قدامه، وشرحه: نزهة الخاطر العاطر، لعبد القادر بدران، بهامشه، ٣٨٩/١؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٤٣١؛ إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٣٠٢/١.

والزيدية[1]، وأكثر الإمامية[2]، وأكثر الإباضية[3]، وهو قول جمهور الفقهاء[4]، وهو ما ذهب إليه الظاهرية[5]، حيث يعنون بحجية الاستصحاب: الثبات على ما ورد به النصّ دون الانتقال إلى غيره، فقد قال ابن حزم: "الباب الثالث والعشرون في استصحاب الحال وبطلان جميع العقود والعهود والشروط إلا ما أوجبه منها قرآن أو سنة عن رسول الله ﷺ ثابتة"... ثم قال: "إذا ورد النّصّ من القرآن أو السنة الثابتة في أمر ما على حكم ما، ثم ادعى مدعٍ أن ذلك الحكم قد انتقل أو بطل من أجل انه انتقل ذلك الشيء المحكوم فيه عن بعض أحواله أو لتبدل زمانه أو لتبدل مكانه، فعلى مدعي انتقال الحكم من أجل ذلك أن يأتي ببرهان من نص قرآن أو سنة عن رسول الله ﷺ ثابتة على أن ذلك الحكم قد انتقل أو بطل، فإن جاء به صح قوله، وإن لم يأت به فهو مبطل فيما ادعى من ذلك، والفرض على الجميع الثبات على ما جاء به النّصّ ما دام يبقى اسم ذلك الشيء المحكوم فيه عليه؛ لأنه اليقين، والنقلة دعوى وشرع لم يأذن الله تعالى به، فهما مردودان كاذبان حتى يأتي النّصّ بهما ويلزم من خالفنا في هذا أن يَطلّب كل حين تجديد الدليل على لزوم الصلاة، والزكاة وعلى صحة نكاحه مع امرأته وعلى صحة ملكه لما يملك"[6].

---

(1) الأزهار، لابن المرتضى مطبوع مع شرحه المسمى: شرح الأزهار، لابن مفتاح، كلاهما – ٢٨٨/١؛ إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢١٧؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢٤٨/٢.

(2) أصل الشيعة وأصولها، لكاشف الغطاء، ١٦٦، ١٧٤؛ تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى الموسوي، ٢٥٦/٢؛ دروس في علم أصول الفقه، للسيد محمد باقر الصدر، ٢٤٤/١؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ٢٨٤/٣.

(3) شرح النيل وشفاء العليل، ٥٦٠/١٣؛ غاية المأمول في علم الفروع والأصول، للبطاشي، ١ /٣٤١، ٣٤٢، ٣٤٧؛ فصول الأصول، للسيابي، ٣٥١، ٣٥٨.

(4) انظر في نسبة هذا القول إلى جمهور الفقهاء: [إحكام الفصول، للباجي، ٦١٤/٢]. وانظر في نسبته إلى أكثر العلماء: [الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٣٨؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢٤٨/٢].

(5) الإحكام في أصول الأحكام، لابن حزم، ٣/٥.

(6) السابق، ٣/٥.

ومعنى حجية الاستصحاب عند أصحاب هذا القول: دوام التمسك بالدليل حتى يأتي ما يغيره[1]، وأنه حجة موجبة، فهو يوجب ظن ثبوت الشيء في الحال أو الاستقبال على ما كان عليه في الماضي أو الحاضر، ومقتضى هذا الاحتجاج: أن الحكم متى ثبت فإنه يبقىّ على ذلك الثبوت، والظاهر يكفي حجة لإبقاء ما كان على ما كان[2]، كما أن هذا يقتضي أيضًا: أنه لا يصار إلى الاستصحاب إلاّ عند عدم وجود الدليل الخاص في حكم المسألة بعد بذل الفقيه غاية جهده في التحري عن الدليل، فإن لم يجده فإنه يرجع إلى الاستصحاب.

كما أن الاحتجاج بالاستصحاب وإن كان آخر مدار الفتوى، إلا أن من أصحاب هذا القول من جعله دليلاً صحيحاً من الأدلّة الشرعيّة، وأن الاحتجاج به إنما يكون فيما يدعي فيه أحد الخصمين حكمًا شرعيًا، ويدعي المسئول البقاء على حكم العقل، مثل أن يسأل عن وجوب الوتر، فيقال: ليس بواجب، فيطالَب المجيب بالدليل، فيقول الأصل براءة الذمة وطريق الوجوب الشرع، وقد طلبت الدليل في الشرع فلم أجد موجبًا ولو كان لوجدت مع كثرة البحث والنظر، فأنا على حكم الأصل في براءة الذمة[3].

ومنهم من أوجب استصحاب حكم الحال السابق في حال الشك، وأن استصحاب حكم الأصل دليل المجتهد[4]، ولكنه من أضعف البيّنات[5].

ومنهم من جعل استصحاب الحال دليلاً مستقلاً بنفسه، لكنه آخر الأدلّة التي يخطوها المجتهد إلى تحصيل حكم الواقعة[6].

---

(١) أصول الفقه المسمى إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢١٦.

(٢) كشف الأسرار، للنسفي، ٢/٢٦٩.

(٣) إحكام الفصول، للباجي، ٢/٦١٣.

(٤) العدة في أصول الفقه، للقاضي أبي يعلى الفراء، ١/٨٣؛ التمهيد في أصول الفقه، للكلوذاني ٤/٢٥١.

(٥) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ١/٧٧.

(٦) أصول الفقه المسمى إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢١٧.

ومنهم من جعل حجية الاستصحاب قائمة على اعتبار أن اليقين السابق يكون منجزًا للحكم وذلك بإبقاء ما كان على ما كان، ولذلك فإن الاستصحاب حجة في نظر العقلاء على الوجود الظاهري(١).

والذي يجمع كل هذه الأقوال أن استصحاب الحال حجة لإبقاء ما كان على ما كان، وأنه قاعدة من قواعد الاستنباط، وأصل من الأصول المعتبرة الجارية في أبواب الفقه(٢).

دليل أصحاب هذا القول

استدل أصحاب هذا القول على حجية استصحاب الحال بالتحقق واليقين من ثبوت الحال في الماضي، فيبقى الشيء المتحقق على ما هو عليه إلى أن يثبت ما يزيله، أي أنه لأجل التيقن من الحكم السابق في المسألة – أو لأجل حصول غلبة الظن بأنّ ما علم وقوعه باقٍ على حاله لم يتغير عنها، ولأجل الشك في حكمها الحالي – فإنه لأجل ذلك كله يستصحب الحكم الماضي، فإذا اعتقد المجتهد وتحقق من وجود أمرٍ في الماضي وغلب على ظنه بقاءه واستمراره فإنه يَستصحب إبقاء الأمر على ما كان في الماضي ما دام لم يثبت ما ينافيه، وإذا اعتقد المجتهد وتحقق من عدم أمرٍ في الماضي وغلب على ظنه استمرار عدمه فإنه يستصحب العدم حتى يثبت له وجوده، لأن الظن يعتبر قضاء بالطرف الراجح(٣).

---

(١) علم أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ٣/٢٨٤.

(٢) أصل الشيعة وأصولها، لكاشف الغطاء، ١٦٦، ١٧٤؛ تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى الموسوي، ٢/٢٥٦؛ دروس في علم الأصول، للسيد محمد باقر الصدر، ١/٢٤٤.

(٣) تنقيح الفصول، للقرافي،٤٤٧؛ مفتاح الوصول، للتلمساني،١٢٧.

القول الثاني: أن الاستصحاب ليس بحجة مطلقًا.

وهذا ما ذهب إليه بعض العلماء[1]، وبعض الحنفية[2]، وبعض الإمامية[3].

وهذا القول معناه: أن الاستصحاب لا يصلح الاحتجاج به من أصله، لا لإبقاء ما كان على ما كان، ولا لإثبات أمر لم يكن.

دليل أصحاب هذا القول

استدل أصحاب هذا القول على ما ذهبوا إليه بالمعقول، حيث عللوا قولهم بعدم حجية الاستصحاب مطلقًا بأن استصحاب الحكم لإبقاء ما كان على ما كان في الزمن الماضي يفتقر إلى دليل يثبت بقاءه على ما كان، ولذلك فإن بقاء الحكم على ما كان قول بلا دليل، كما أن إثبات أمر لم يكن لا بد له من دليل يثبت ذلك، وثبوته مفتقر أيضًا إلى دليل، وإثبات أمر لم يكن هو قول بلا دليل أيضًا[4]، كما عللوا القول بعدم حجية الاستصحاب مطلقًا بأن الدليل قد يكون موجودًا ولكن المجتهد لا يشعر به مع احتمال قيام الدليل، فيكون استصحاب الحال إهمال لدليل محتمل وجوده ولا يشعر المجتهد بذلك [5].

الجواب عن هذا القول

هذا القول يجاب عنه: بأنه لو أُهمل إعمال استصحاب الحال أصلاً لتعطلت كثير من الأحكام؛ لأن الاستصحاب إنما يُعمل به عند عدم التيقن من الدليل في الحكم، فيستصحب إبقاء ما كان على ما كان حتى يقوم ما يغيره، هذا من ناحية، ومن

---

(١) تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٤٧؛ حاشية الدمياطي على شرح المحلى على الورقات، بهامش شرح الورقات،١٢٣؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٢٤٩.

(٢) كشف الأسرار، للنسفي، ٢/٢٦٩؛الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٣.

(٣) دروس في علم أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ٣/٢٨٥.

(٤) كشف الأسرار، للنسفي، ٢/٢٦٩؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٢٤٩.

(٥) كشف الأسرار، للنسفي، ٢/٢٦٩.

ناحية أخرى: فإن الشك لما كان قائما في تغير الحال عما كانت عليه فقد استصحب إبقاء ما كان على ما كان؛ لأنه متيقن منه، والشك إنما هو قائم في تغير ما كان إلى حالة أخرى، والقاعدة تقول: إن "**اليقين لا يزول بالشك**"، وبناءً على ذلك فإنه لو ألغي العمل بالاستصحاب من أصله لألغي العمل باليقين، واليقين أمر لا خلاف في العمل به[1]، إلا إذا كان مراد أصحاب هذا القول من عدم الاحتجاج بالاستصحاب مطلقًا: أن الاستصحاب لا يكون حجة أصلاً إذا كان قبل التأمل والاجتهاد، فهذا أمر لا خلاف فيه؛ إذ الاستصحاب لا يكون إلا عند انعدام الدليل؛ ولذلك قال النسفي: "لا خلاف في عدم جواز العمل بالاستصحاب إذا كان قبل التأمل والاجتهاد في طلب الدليل المغيِّر"[2].

القول الثالث: أن استصحاب الحال حجة دافعة لا موجبة.

وهذا ما ذهب إليه جمهور الحنفية[3]، وهو المشهور عندهم[4]، وهو ما عبر عنه الكرخي بقوله: "**الأصل أن الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجب الاستحقاق**"[5]، وهو ما ذهب إليه بعض الإباضية[6].

ومعنى هذا القول: أن استصحاب الحال يصلح حجة لدفع ما يخالف الأمر الذي ثبت بالاستصحاب، ولا يصلح حجة لإثبات أمر جديد لم يقم دليل على ثبوته، فهو يصلح حجة لإبقاء ما كان على ما كان لا لإثبات أمر لم يكن، وهذا ما وضحه

---

(١) كشف الأسرار، للنسفي، ٢/٢٦٩.

(٢) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٣) أصول السرخسي، ٢/٢١٢؛ المنار في أصول الفقه، للنسفي، وشرحه: كشف الأسرار، للمؤلف نفسه، وبهامشه: شرح نور الأنوار، لملاجيون، ٢/٢٦٩؛ الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٧٧.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٣.

(٥) رسالة في الأصول، للكرخي، ٨٠.

(٦) غاية المأمول في علم الفروع والأصول، لمحمد بن شامس البطاشي، ١/٣٤٢.

بعض الحنفية، حيث قالوا: "**الظاهر يكفي حجة لإبقاء ما كان على ما كان، لا للإلزام على الغير**"(١)، وهذا يفسر معنى كلام الكرخي السابق من أن: "**الأصل أن الظاهر يدفع الاستحقاق ولا يوجب الاستحقاق**"، بمعنى أن استصحاب الحال يكون لإبقاء الأمر على ما كان عليه ولا يصلح لإيجاب شيء على الغير.

دليل أصحاب هذا القول

يظهر دليل أصحاب هذا القول من خلال تفسير جمهور الحنفية، وبعض الإباضية لمسألة ميراث المفقود، التي بينوا من خلالها المراد من قولهم بأن الاستصحاب حجة دافعة لا موجبة، فقد قالوا: إن المفقود لا يرث من مال مورثه، ولا يورث ماله ولا يقسم بين ورثته، أما أنه لا يورث ماله ولا يقسم بين ورثته؛ فلأن الظاهر بقاء حياته في مال نفسه، وهذا يدفع استحقاق ورثته إرث ماله وتقسيمه بينهم، فالحياة المعلومة باستصحاب الحال تكون حجة في إبقاء ملكه في ماله على ما كان، فلذلك صلح استصحاب حياته حجة لإبقاء ما كان على ما كان، فلا يورث ماله؛ لأن ملكه كان ثابتًا لماله قبل فقده، فيتمسك بذلك حتى يقوم دليل الموت، وأما أن المفقود لا يرث من مال غيره: فلأن مال مورث المفقود لم يكن ملكًا له قبل فقده، فيبقى المال على ما كان، ولذلك لا يكون استصحاب الحال حجة في إثبات الملك له ابتداء في مال قريبه إذا مات، فيعتبر المفقود ميتًا في مال غيره، وهذا لا يوجب له استحقاق الإرث من مورثه، فكأن المفقود حي في ماله ميت في مال غيره(٢).

أي أن الدافع لعدم إرث مال المفقود هو استصحاب حياته، وهو مع ذلك لا يكون وارثًا من غيره للشك في حياته؛ لأن من شروط أخذ الميراث: تيقن حياة الوارث بعد موت المورث، فتبقى حصة المفقود من الميراث موقوفة حتى يتحقق موته أو حياته بعد موت مورثه(٣).

---

(١) كشف الأسرار، للنسفي، ٢/٢٦٩.

(٢) أصول السرخسي، ٢/٢١٢؛ كشف الأسرار، للنسفي، وشرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون، بهامشه، ٢/٢٧٠؛ الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٧٨؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٣.

(٣) غاية المأمول، للبطاشي، ١/٣٤٢.

يجاب عن هذا الاستدلال: بأن في عدم توريث المفقود من مال مورثه إضرارًا بالمفقود، وفي عدم إرث ماله إضرار بورثته، والشريعة جاءت لرفع الضرر؛ ولذلك فإن من المناسب أن يكون المفقود وارثًا من مال غيره وماله موروث لغيره، وذلك بعد مرور فترة الفقد التي يجب فيها تعيين مشرف لماله في تلك الفترة؛ حرصًا على ماله من الضياع، وحرصًا على مال ورثته أيضًا.

الترجيح

من خلال ما سبق عرضه من الآراء، وما قيل في كل رأي، فإن البحث يرى أن ما ذهب إليه الجمهور من أن استصحاب الحال حجة لإبقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على نفي الحكم هو الرأي الراجح لما ذكروه، ولما يلي: -

١- لأن الحكم ببقاء أمر محقق متيقن هو عين قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**"، المتعلقة بالاستصحاب وإنكار حجية الاستصحاب لا يثبت أمام هذه القاعدة، فالشيء المتيقن منه في الماضي والمحقق منه يحكم ببقائه، ولا يُعدل عن حكم الأصل الثابت بيقين بمجرد الشك، بل لا بد من دليل يدل على تغير هذا الحكم الثابت بيقين، وإلا فيبقى الحكم على ما كان.

٢- لأن إعمال الاستصحاب في جانب الدفع وعدم إعماله في جانب الإيجاب – كما يقول جمهور الحنفية – يعني إعمال قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" في جانب، وإهمالها في جانب آخر، فكيف يكون اليقين بإعمال الاستصحاب في جانب الدفع دون أن يعمل به في جانب الإيجاب؟ فهذا تجزئة لقاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**".

٣- لأن التمسك باستصحاب الحال في نظر البحث يعد أخذً بالاحتياط لحفظ الحقوق، فالتمسك بإبقاء ما كان على ما كان حتى يقوم ما يغيره له أثره في حفظ تلك الحقوق؛ كاستصحاب براءة الذمة، فالذمة بريئة قبل شغلها، ولا يمكن تحميلها شيئًا قبل ثبوت شغلها فتبقى براءة الذمة قائمة حتى يقوم دليل العكس وهو شغلها.

٤- أن العادة تقضي بالعمل بالاستصحاب وبإبقاء ما كان على ما كان، فالعادة تقضي مثلاً أنّ من خرج من داره وترك أولاده فيها في حالة معينة، فإن اعتقاد بقاء ترك الأولاد على تلك الحال راجحًا على اعتقاد تغير تلك الحال، كما أنّ من غاب عن بلده مثلاً فإنه يكتب إلى أحبابه وأقاربه وأصدقائه عادة عن الأمور التي كانت موجودة حال حضوره ويسألهم عنها؛ وما ذاك إلا لأن اعتقاده في بقاء تلك الأمور راجح على اعتقاده في تغيرها، وهذا مبني على الاستصحاب بعدم تغير الحالة ما لم يقم دليل المغير[1]، كما أنّ من عرف حياة إنسان صديق له فإنه يراسله بناءً على ظن بقاء حياته، فالفطرة السليمة تقتضي العمل بالاستصحاب وإبقاء ما كان على ما كان.

٥- أن في نفي العمل بالاستصحاب - بعد البحث والتحري عن الدليل - مشقة وحرجًا على المجتهدين؛ لأن الإنسان لا يكلَّف إلا ما يدخل تحت مقدوره، ولذلك يجوز للمجتهد التمسك بالاستصحاب إذا لم يجد دليلاً، وهذا من باب التيسير على المجتهد.

ومن خلال هذا يتضح أن استصحاب الحال حجة عند التيقن من عدم وجود الدليل المغيِّر للحكم الثابت بقاؤه يقينًا، وليس العمل به على إطلاقه، بل لا يكون إلا بعد التأمل والاجتهاد في طلب الدليل المغير للحكم، أما قبل ذلك فلا.

هذه هي أهم الأقوال في استصحاب الحال، وهناك خلافات جزئية أخرى حول بعض قواعد الاستصحاب ستتضح في المبحث القادم - إن شاء الله تعالى - كما سيتضح من خلال تلك القواعد - أيضًا - أن استصحاب الحال مطابق لطرح الشك وإعمال اليقين.

ثانيًا: حجية الاستصحاب في القانون اليمني

تتضح حجية الاستصحاب في القانون اليمني من خلال عرض النصوص القانونية التي تشير إلى الاستصحاب، فقد أورد القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٠م بشأن

---

(١) المحصول، للرازي ١٢١/٦.

القانون المدني بعض القواعد المعبر بها عن الاستصحاب وهذا واضح من خلال ما نصّت عليه المادة (١١) من هذا القانون بقولها: "الأصل الظاهر (العدم)، فمن تمسك به فالقول قوله، ومن ادعى خلافه فالبيِّنة عليه، والأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره، والأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها، وما حرم أخذه حرم إعطاؤه، والأصل براءة الذمة حتى يثبت غيرها"، فهذه المادة اشتملت على كثير من القواعد الدالة على الاستصحاب، مثل: قاعدة: "**الأصل العدم**"، وقاعدة: "**الأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره**"، وقاعدة: "**الأصل في الأشياء الإباحة**"، وقاعدة: "**الأصل براءة الذمة حتى يثبت غيرها**"، وكل هذه القواعد تدل على حجية الاستصحاب في القانون اليمني، وقد أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون اليمني إلى هذا الأمر عند تعليقها على هذه المادة بقولها: "الاستصحاب طريق من طرق الأدلة الشرعيَة"[١].

ثالثًا: المقارنة بين حجية الاستصحاب في الشريعة الإسلامية و في القانون اليمني.

من خلال ما سبق عرضه في حجية الاستصحاب في كلٍ من: الشريعة الإسلامية، والقانون اليمني، يتضح ما يلي: -

١- أن حجية الاستصحاب في القانون اليمني يفيد استصحاب ثبوت الشيء في الحال أو الاستقبال على ما كان عليه في الماضي أو الحاضر، وهذا مفهوم من خلال ما ورد صراحة في النصّ المذكور للمادة رقم (١١) من القانون المدني من أن: "**الأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره**"، ومن أن: "**الأصل براءة الذمة حتى يثبت غيرها**"، كما أن حجية الاستصحاب بهذا المعنى قد أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، حيث جاء في تعليقها على هذه المادة: "أنه إذا ثبت وجود الشيء بيقين، فإن بقاءه على ما كان يصبح الأصل حتى يثبت غيره"[٢].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٤.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، فقرة(١)، ص١٤.

٢- أن حجية الاستصحاب في القانون اليمني بهذا المعنى موافق للقول الأول الذي قال به الجمهور من أن الاستصحاب حجة موجبة لظن ثبوت الشيء في الحال أو الاستقبال على ما كان عليه في الماضي أو الحاضر.

قواعد الاستصحاب في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني

الغالب في إطلاق العلماء للاستصحاب أنهم يريدون به استصحاب الحال، وهو الاستصحاب المشهور؛ إلا أن هذا لا يعني أن الاستصحاب نوع واحد، بل هو أنواع، وكل نوع مضبوط بقواعد تدل عليه، ولذلك فإنه يمكن تقسيم قواعد الاستصحاب - بحسب أشهر أنواعه - إلى قواعد متعلّقة باستصحاب الحال، وقواعد متعلّقة باستصحاب البراءة الأصلية والعدم الأصلي، وقواعد متعلّقة باستصحاب الإباحة الأصلية للأشياء فيما لم يرد فيه حكم، وفيما يلي توضيح تلك القواعد: -

النوع الأول: قواعد استصحاب الحال.

تقتضي قواعد استصحاب الحال دراستها في الشريعة الإسلامية وموقف القانون اليمني من تلك القواعد، وذلك على النحو التالي: -

أولاً: قواعد استصحاب الحال في الشريعة الإسلامية.

من القواعد المتعلّقة باستصحاب الحال في الشريعة الإسلامية ما يلي: -

١ - **"الأصل بقاء ما كان على ما كان"**[(١)]: ومعنى هذه القاعدة: أنه يُنظر للشيء على أي حال كان، فيحكم بدوامه على ذلك الحال ما لم يقم دليل على خلافه[(٢)]، ووجه صلة هذه القاعدة بقاعدة الاستصحاب: هو أنّ معناها مطابق لمعنى الاستصحاب الذي هو الحكم بإبقاء ما كان في الماضي على حاله وثبوته في الحال أو الاستقبال إلى أن

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٦٢، ٦٣؛ الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٥؛ القواعد، للونشريسي، ١٤١؛ التمهيد، للإسنوي، ٦٠١؛ القواعد، للحصني؛ ١/٢٦٩؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، طبعة الموصل، ١٩٨٤م، ٢/٦٢٩.

(٢) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٢٠.

يوجد دليل يغير حكم الحالة الماضية.

٢ – "**الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن**"[١]، ومثلها: "**الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته**"[٢]، ومعنى هذين الأصلين: أن الشيء إذا كان غير موجود، ثم وجد – وهو المراد بالحادث في القاعدة – فإنّ هذا الشيء الحادث إذا اختُلف في زمن وقوعه وسببه، فإنه يُنسبُ إلى الزمن الأقرب ما لم تثبت نسبته إلى الزمن القديم[٣]، ووجه صلة هذين الأصلين باستصحاب الحال: هو أن الشيء الحادث مُا لم تثبت نسبته إلى أقرب أزمان حدوثه فإنه يبقى على ما كان عليه في الزمن القديم، وهذا ما يدل عليه الاستصحاب، كما سبق بيانه.

ونتيجة للتطابق بين كلٍّ من الأصلين:"**الأصل بقاء ما كان على ما كان** "، و "**الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن**"، وبين قاعدة الاستصحاب، فإنّ هذين الأصلين يعبَّر عنهما بالاستصحاب؛ بل هما عين الاستصحاب، وهذا ما أشار إليه الإسنوي بقوله: "استصحاب الحال حجة على الصحيح، وقد يعبَّر عنه بأن الأصل في كل حادث تقديره في أقرب زمن، وبأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، ولذلك فروع كثيرة مشهورة"[٤]، وعلى هذا فإن استصحاب الحال يُفسَّر بقول العلماء: الأصل بقاء ما كان على ما كان؛ لأنهم يريدون بذلك استصحاب حكم الأصل بإبقاء

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٧١؛ الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٩٨؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١/٨٤؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، طبعة الموصل، ١٩٨٤م، ٢/٦٢٩؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٣٠. وقد أوردها الإسنوي بلفظ مقارب جدًا حيث قال: "الأصل في كل حادث تقديره في أقرب زمن". انظر: [التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ٦٠٠-٦٠١].

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم ٦٢، ٧١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي ١/١١٥، ١٣٠ والمادة(١١) من مجلة الأحكام العدلية [درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٢٥].

(٣) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٢٥.

(٤) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ٦٠١. وانظر قريبًا من هذا: [الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٢٧٧].

ما كان على حاله حتى يدل الدليل على تغيره، كما يفسّر استصحاب الحال أيضًا بقولهم: الأصل في كل حادث تقديره في أقرب زمن؛ لأنهم يريدون بذلك استصحاب الزمان الأقرب إذا اختُلف في زمن وقوع الشيء الحادث.

٣ – "**ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد الدليل المزيل**": هذه القاعدة نصّت عليها المادة العاشرة من مجلة الأحكام العدلية[١]، وهي مطابقة لقاعدة "**الأصل بقاء ما كان على ما كان**"، فهي تعني: أن الشيء الذي ثبت حصوله في الزمن الماضي يُحكَم ببقائه في الحال ما لم يوجد دليل على خلافه، والشيء الثابت وجوده في الحال يحكم باستمراره من الماضي ما لم يوجد ما يزيله[٢]، وهذا يقتضي أنه إذا وُجد المزيل فإنه لا يُحكَم ببقاء الشيء، بل بزواله؛ ولذلك قُيِّدت القاعدة بعبارة: "ما لم يوجد المزيل"، فلو ثبت ملك شيء أو مال لأحد فإنه يُحكم ببقاء الملكية لذلك الشخص ما لم يثبت أن المال انتقل منه لآخر بعقد بيع أو هبة أو بسبب آخر من الأسباب المزيلة للملكية، أما لو ثبت زوال الملكية ببيع مثلاً فإنه لا يحكم بملكية ذلك المال للمالك الأول[٣].

٤ – "**القديم يترك على قدمه**": هذه القاعدة نصّت عليها مجلة الأحكام العدلية[٤] في المادة الخامسة، ومعناها: أن القديم الموافق للشرع يجب أن يُترك على حاله ما لم يثبت خلافه؛ لأن بقاء ذلك الشيء مدة طويلة دليل على أنه مستند على حق مشروع فيحكم بأحقيته، ولأن تغيير الحال على ما كان عليه لا يكون إلاّ بحجة[٥]؛ فبقاء الحال على ما كان عليه لا يكون إلا عند عدم الدليل المغيِّر للحال، كما أن القديم الذي يترك على قدمه ليس على إطلاقه، وإنما يترك القديم الذي لا يعرف أوله، أما إذا كان أوله

(١) درر الحكام، لعلي حيدر، ٢٤/١.
(٢) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.
(٣) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.
(٤) السابق، ٢١/١.
(٥) السابق، ٢٢/١.

معروفًا فإنه لا يعد قديمًا، ومثاله: لو أن ميزاب دار شخص يجري من القديم على مكان فإنه يبقى على ما هو عليه، كما أن القديم الذي يترك على قدمه يجب أن لا يكون مخالفًا للشرع ولا منشئًا لضرر، فإذا كان مخالفًا للشرع أو منشئًا لضرر فإنه لا يترك على قدمه مهما تقادم عهده، ولذلك نصَّت المادة السابعة من مجلة الأحكام العدلية على أن: "**الضرر لا يكون قديمًا**"[1]؛ ومثال هذه القاعدة: لو أن بالوعة دار تجري من القديم في الطريق العامَّة أو تصب في نهر يشرب منه الناس مثلاً فإن هذا القدم لا ينظر إليه؛ لأنه ضرر وغير ممكن احتمال مشروعية بقاء ذلك الأمر على ما كان، وهذا النصّ يعتبر قيدًا لقاعدة: "القديم يترك على قدمه"، بمعنى: أنه لا عبرة لقدم الضرر ولا يحكم ببقائه، فالقديم المعتبر هو القديم غير المضر[2].

٥ – "**اليقين لا يزول بالشك**"[3]: هذه القاعدة من القواعد المشتهرة عند العلماء، والتي يعبرون عنها أيضًا بقولهم: "**اليقين لا يُزال بالشك**" [4]، وبقولهم: "**الشك لا يزيل اليقين**"[5]، وكلها عبارات متقاربة لفظًا ومعنى، إلاّ أن معنى هذه القاعدة يتوقف على معنى ما تركبت منه ألفاظها، فلا بد من معرفة معنى: "اليقين" أولاً، ثم معنى: "الشك"، باعتبارهما مدار القاعدة، فاليقين هو: "حصول الجزم أو الظن الغالب بوقوع الشيء أو عدم وقوعه"[6]، أي أن اليقين يكون بالقطع والجزم، أو الظن الغالب بوجود الشيء أو عدم وجوده، بينما يراد بالشك: "تردد الذهن بين الطرفين"[7]، وهو أيضًا:

---

(١) درر الحكام، لعلي حيدر ٢٢/١.

(٢) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٦٠؛ الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٤٤؛ القواعد، للحصني، ٢٦٨/١؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، مطبعة الجمهورية، الموصل، ١٩٨٤م، ١٧٦/١.

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١١٤/١.

(٥) أصول الجصاص، ١٦٩/٢، ١٧٠.

(٦) درر الحكام، لعلي حيدر، ٢٠/١.

(٧) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٦٣.

"اسم لاحتمالين فأكثر مستويه"[١]، فالذي يلاحظ من خلال ذلك أن من الألفاظ المتعلقة بالشك، لفظة: "التردد"، ولفظة: "الاحتمال "، وحيث ذُكِرت هذه الألفاظ في تعريف الشك فإن هذا يعني أن الشك نابع من انبهام المعرفة بالشيء، ولذلك وُجد التردد في الحكم على الشيء لتساوي احتمال وقوعه واحتمال عدم وقوعه بلا مرجح، أو لتساوي الجهل بالشيء والعلم به، وهذا يفيد أن الشك يعني انبهام موضوع المعرفة بالشيء بسبب تردده بين أمرين لم يترجح واحد منهما. وبعد أن اتضح معرفة معنى: "اليقين"، ومعنى: "الشك"، فإنه قد صار من الواضح معرفة معنى القاعدة، فهي تعني: أنه إذا سبق اليقين في شيء أو في حكم ثم طرأ الشك بعد اليقين فإن الشك الطارئ لا يرفع حكم اليقين، وأن اليقين لا يزول إلا بيقين مثله[٢]، ووجه عدم رفع اليقين بالشك: هو أن اليقين أقوى من الشك، فلا يرتفع اليقين بالشك الضعيف[٣]؛ ولذلك فإن إلغاء الشك وسقوط اعتباره أمر معمول به في الشريعة الإسلامية[٤].

ولمّا كان لفظ القاعدة عامًّا في أن "**اليقين لا يزول بالشك**"، فإن هذه القاعدة لا تنحصر في مجال معين، فاليقين فيها أمر واسع، يدخل فيه ما كان ثابتًا بدليل أو أمارة[٥]، وعلى هذا الأساس فإن القاعدة تعني: أن الأمر الثابت والمقرر بدليل أو أمارة أو أي من طرق الإثبات المعتد بها لا يرتفع حكمه بالشك – أي بالاحتمالات التي لا يعززها دليل – بل يبقى حكم اليقين ساريًا حتى يقوم الدليل المعتد به في تغيير ذلك الحكم الثابت[٦]، فإذا قلنا: الأصل براءة الذمة فإن اليقين في هذا الأصل: أن الذمة ليست مشغولة وأنها بريئة، فإذا قام الدليل على شغلها كان اليقين

---

(١) إرشاد الفحول، للشوكاني، ١/٥٣.

(٢) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٢٠.

(٣) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٤) القواعد، للمقري، ١/٢٩٢.

(٥) قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، ٣٦.

(٦) السابق، ٤٦.

شغلها،وبعبارة أشمل: فإن الحكم الثابت بالدليل يبقى ثابتًا ما لم يرد دليل يرفعه، فيعتبر بقاؤه يقينيًا استنادا إلى الدليل، فلا يزيله احتمالات ليس لها ما يبررها، فمن ملك شيئًا بعقد أو إرث مثلا فإنه يبقى مالكًا لهذا الشيء ولا ينتقل إلى غيره إلاّ بدليل؛ لأن الملك استند إلى سبب صحيح فثبوته أمر يقيني، فلا يزول إلا بيقين مثله[1].

وإذا كان "**اليقين لا يزول بالشك**" لحصول الجزم بوقوع الشيء أو عدم وقوعه، فإن الظن الغالب بوقوع الشيء أو عدم وقوعه ينزل منزلة اليقين؛ وذلك لأن الظن الغالب هو الطرف الراجح، وفي هذا الصدد يقول ابن نجيم: "... أما أكبر الرأي وغالب الظن فهو الطرف الراجح إذا أخذ به القلب، وهو المعتبر عند الفقهاء... وحاصله: أن الظن عند الفقهاء من قبيل الشك؛ لأنهم يريدون به التردد بين وجود الشيء وعدمه، سواء استويا أو ترجح أحدهما"[2]، وقال أيضًا: "وغالب الظن عندهم (يقصد الفقهاء) ملحق باليقين، وهو الذي يبتنى عليه الأحكام، يَعرف ذلك من تصفح كلامهم في الأبواب؛ صرحوا في نواقض الوضوء بأن الغالب كالمتحقق، وصرحوا في الطلاق بأنه إذا ظن الوقوع لم يقع وإذا غلب على ظنه وقع"[3]، ويفهم من هذا أن الحكم الشرعي يبنى على اليقين الذي هو الجزم بالشيء، فإن تعذر ذلك فعلى غالب الظن المنزل منزلة اليقين، ولذلك قال المقري: "المعتبر في الأسباب والبراءة وكل ما ترتبت عليه الأحكام العلم، ولما تَعَذَّرَ أو تعسَّر في أكبرِ ذلك أقيم الظن مقامه لقربه منه، ولذلك سُمِّيَ باسمه ﴿ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ ﴾، ويبقى الشك على أصل الإلغاء.."[4]، ولكن لا بد في الظن الغالب الذي ينزل منزلة اليقين من أن

---

(١) قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، ص٤٦.

(٢) الأشباه والنظائر، ٨٢.

(٣) السابق، ٨٣. والمراد أن المطلّق إذا غلب على ظنه طلاق زوجته فإن طلاقه يقع، وإن غلب على ظنه أنه لم يطلقها فإن طلاقه لم يقع.

(٤) القواعد، ٢٨٩/١. والنص القرآني الوارد في ثنايا الكلام هو من الآية١٠ من سورة الممتحنة.

يطمئن إليه القلب ويأخذ به وتسكن إليه النفس[2]، فهذا هو الظن المرادف لليقين[1].

وعلى كلٍّ حال فإنّ قاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**" قاعدة مشهورة في الفقه الإسلامي، وقد أشار ابن دقيق العيد إلى هذا بقوله – عن قاعدة "إعمال الأصل (اليقين) وطرح الشك" –: "كأنّ العلماء متفقون على هذه القاعدة "[3]؛ بل إن الإجماع عليها، فالقرافي يقول: "هذه قاعدة مُجمَع عليها، وهي أن كل مشكوك فيه يجعل كالمعدوم الذي يُجْزَم بعدمه"[4]، وابن نجيم يقول: "كلمتهم المجمع عليها – يقصد الفقهاء – أعني قولهم: اليقين لا يرتفع بالشك"[5].

ويستدل لهذه القاعدة بآيات من كتاب الله تعالى يؤخذ من ظاهرها وجوب طرح الشكوك واتباع اليقين، كقوله تعالى: ﴿إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا ٱلظَّنَّ وَمَا تَهْوَى ٱلْأَنفُسُ ۖ وَلَقَدْ جَآءَهُم مِّن رَّبِّهِمُ ٱلْهُدَىٰٓ ﴿٢٣﴾ ﴾[6]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا لَهُم بِهِۦ مِنْ عِلْمٍ ۖ إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا ٱلظَّنَّ ۖ وَإِنَّ ٱلظَّنَّ لَا يُغْنِى مِنَ ٱلْحَقِّ شَيْـًٔا ﴾[7]، قال الألوسي في قوله تعالى: ﴿إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا ٱلظَّنَّ ﴾: "إلاّ توهم أن ما هم عليه حق توهُمًا باطلاً، فالظن هنا مراد به: التوهُم وشاع استعماله فيه"[8]. وقال في قوله تعالى: ﴿إِلَّا ٱلظَّنَّ ﴾: "أي التوهُم الباطل"[9]، وهذا يفيد طرح التوهُم لما يفيده من رجحان الخطأ، ويفيد أيضًا وجوب الأخذ باليقين.

---

(١) القواعد، للمقري، ١/٢٩١.

(٢) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٣) إحكام الأحكام، ١٢٠.

(٤) الفروق، ١/١١١.

(٥) الأشباه والنظائر، ٦٠.

(٦) من الآية ٢٣ من سورة النجم.

(٧) الآية ٢٨ من سورة النجم.

(٨) روح المعاني، ٢٧/٥٨

(٩) السابق، ٢٧/٥٩

كما يستدل لهذه القاعدة من السنة ببعض ما روي عن رسول الله ﷺ من الأحاديث، كقوله: «إِذَا شَكَّ أَحَدُكُمْ فِي صَلَاتِهِ فَلَمْ يَدْرِ كَمْ صَلَّى ثَلَاثًا أَمْ أَرْبَعًا؛ فَلْيَطْرَحْ الشَّكَّ وَلْيَبْنِ عَلَى مَا اسْتَيْقَنَ...»[1]، فهذا الحديث وإن كان يدل على طرح الشك في عدد ما صلاه المكلف من الركعات – إلا أنه يدل على الأخذ باليقين وطرح الشكوك؛ لأن اليقين أصل من الأصول[2]، ولذلك فإنه يصلح للاستدلال على قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**"، وتوسيعًا لنطاقه وعدم قصره على الشك في الصلاة[3].

بعض القواعد المرادفة لقاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"

من القواعد المرادفة لمعنى قاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**" القواعد التالية:–

أ – "**ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين**"[4]: هذه القاعدة مرادفة لقاعدة:"**اليقين لا يزول بالشك**"، فهي تعني: أن اليقين لا يرتفع بما دونه؛ كالشك، لكونه أضعف من المثبت[5]، وهي تعني أيضًا: استصحاب اليقين والإعراض عن الشك، وأن غالب الظن يرتفع به ما ثبت باليقين؛ لإنزاله منزلة اليقين، ولهذا لو سها المصلي شيئًا من صلاته وشك هل سجد للسهو فإنه يسجد[6].

ب – "**اليقين لا يرفع بالشك**"[7]، ومثلها: "**لا يترك اليقين بالشك**"[8]: ووجه اعتبار

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص١٢٥، ١٢٦من هذا البحث.

(٢) إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ١٢٠.

(٣) قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، د.يعقوب عبد الوهاب الباحسين، ٢١٧.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٦٤؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٢٣. ومثلها "اليقين لا يزيله إلا يقين مثله". انظر: [غاية المأمول في علم الفروع والأصول، لمحمد بن شامس البطاشي ١/٣٤٧؛ فصول الأصول، لخلفان بن جميل السيابي ٣٥٨].

(٥) قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، د.يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، ٧٢.

(٦) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٢٣.

(٧) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٤٥.

(٨) تأسيس النظر، للدبوسي، ٨.

هاتين القاعدتين مرادفتين لقاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**": هو مطابقتهما في المعنى، فهي تعني: أن الإنسان متى تحقق شيئًا، ثم شك هل زال ذلك الشيء المتحقق أم لا، فإن الأصل بقاء المتحقق فيه؛ ولذلك يبقى الأمر على ما كان متحققًا.

ج – "**كل ما صح بيقين فلا يبطل بالشك فيه**"[1]: وصلة هذه القاعدة بقاعدة:"**اليقين لا يزول بالشك**"واضحة، فهي تعني: إبقاء حكم الصحة على ما كان وقوعه صحيحًا يقينيًا، وأن ذلك الحكم الصحيح الثابت باليقين لا يبطل بالشك فيه، كما أن اليقين في الشيء يورث العلم به، ويعبَّر عن هذا بأن "**كلّ من استيقن الشّيءَ وتَبيّنَه فقد علمه**"[2].

د – "**الأصل عند أبي حنيفة أنه متى عُرِفَ ثبوت الشيء من طريق الإحاطة والتيقن لأي معنى كان، فهو على ذلك، ما لم يتيقن بخلافه**"، هذا الأصل ذكره الدبوسي[3]، ويفهم من منطوق هذا الأصل أن الشيء إذا تيقن معرفته وثبوته فإنه يبقى ثابتًا على ما كان، ما لم يقم اليقين بخلاف ذلك، فهي مرادفة لقاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**".

هـــ – "**من شك هل فعل شيئًا أو لا فالأصل أنه لم يفعل**"[4]: ووجه عدم اعتبار الفعل عند الشك فيه هو أن عدم الفعل هو الأمر المتيقن منه، والفعل مشكوك فيه، وما دام مشكوكًا فيه فإن الأصل المتيقن هو عدمه؛ ولذلك لا يرتفع يقين عدم الفعل بالشك فيه؛ ولذلك فإن هذه القاعدة مرادفة لقاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**"، ولهذا صاغها الزركشي بعبارة توضح هذا، حيث قال: "**إذا شك هل فعل أو لا، فالأصل أنه لم يفعل**"[5]؛ ولكن هذه القاعدة ليست شاملة كشمول قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**"، لأن هذه القاعدة تتعلق بجزئية، وهي الشك في الفعل.

---

(١) النُبَذ في أصول الفقه الظاهري، لابن حزم، ٣٥.

(٢) القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد، لمحمد بن علي الشوكاني، تحقيق: عبد الرحمن عبد الخالق، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط ٤، ١٤١٣هـــ - ١٩٩٢م، ٨١.

(٣) تأسيس النظر، ٦.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٦٤. وانظر أيضًا: [الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٢٣].

(٥) المنثور في القواعد، ٢/٣٧.

و – "**من تيقن وشك في القليل والكثير حُمل على القليل**"[1]: ومعنى هذه القاعدة: أن اليقين يبقى ويعمل به عند الشك في القليل والكثير؛ كالشك في عدد الركعات فإذا شك المصلي هل صلى ثلاثًا أو أربعًا؟ فإنَّ اليقين الذي يُحمل عليه العدد هو الأقل ويكون هو المتيقن، وما زاد على ذلك فمشكوك فيه، ولذلك فهي مرادفة لقاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" من جهة اشتراكهما في إلغاء الشك وطرحه، إلاَّ أن قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" أعم وأشمل من هذه القاعدة، إذ يدخل فيها كل شك، أما هذه فمقتصرة على حالة الشك في القلة والكثرة.

ز – "**الشك في الشرط يوجب الشك في المشروط**"[2]: هذه القاعدة تتضح من خلال التمثيل لها بالوضوء[3]، فإن الشك في الاستمرار في الوضوء من عدمه يوجب الشك في الصلاة؛ لأن الطهارة شرط في الصلاة، فالشك في الطهارة يوجب الشك في الصلاة، وهذه القاعدة تتعلق بقاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" من جهة اشتراكهما في إلغاء الشك وطرحه، إلا أن قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" عامة لكل شك، وهذه خاصة بالشك في الشروط.

ح – "**الشك في المانع لا أثر له**"[4]: هذه القاعدة تعني: أنه إذا حدث الشك في الشيء المانع من ترتب الحكم، فإن هذا الشك يلغى؛ فمثلا: الطلاق يعتبر مانعًا من استمرار النكاح، والشك فيه لا يلزم منه وقوع الطلاق[5]، وصلة هذه القاعدة بقاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**": هو اشتراكهما في طرح الشك، ولكن هذه القاعدة خاصة بالشك في المانع من وجود الحكم.

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٦٤؛ والأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٢٣/١. وانظر أيضا: [المنثور في القواعد، للزركشي، ٣٨/٢ حيث أبدل "إذا" بكلمة "من"، فقال: "إذا تيقنْ وشك في القليل والكثير، حُمل على اليقين".

(٢) قواعد المقري، ٢٩٣/١.

(٣) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٤) قواعد الونشريسي، ٧٦.

(٥) السابق، نفس الصفحة.

هذه بعض القواعد المرادفة لقاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**"، وتتميز قاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**" بأنها مختصرة العبارة مهذبة وافية شاملة.

ووجه صلة قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" بالاستصحاب: هو أن الاستصحاب يعني التمسك باليقين؛ ولذلك فإن العلماء لا يتناولون قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" إلا ويذكرون معها الاستصحاب؛ ولهذا السبب فإن قاعدتي: "**الأصل بقاء ما كان على ما كان**"، و"**الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته**"، من القواعد المندرجة تحت قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**"[1]؛ لأن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك، ولا يضر الشك الطارئ عليها، كما أن عدم إزالة اليقين إلا بيقين مثله هو نوع من الاستصحاب؛ لأن إبقاء حكم اليقين السابق والتمسك به وعدم رفعه بالشك اللاحق ينطوي عليه معنى الاستصحاب، كما أن الاستصحاب – كقاعدة أصولية – قد بني عليه كثير من القواعد، ومنها: قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**"؛ ولذلك يمكن القول: إن لهذه القاعدة مستندا أصوليًا، وهو الاستصحاب؛ فهذه القاعدة – أعني قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" – قاعدة أصولية وفقهية في آن واحد، فهي قاعدة فقهية باعتبارها إحدى القواعد الكلية الكبرى، وهي قاعدة أصولية لعلاقتها بقاعدة الاستصحاب أو قاعدة: "**الأصل بقاء ما كان على ما كان**"، من حيث التسمية والمعنى، ومن حيث القواعد المتعلّقة بكل منهما، وبعض الفروع المخرجة على كل منهما.

فبالنسبة لارتباط القاعدتين من حيث اللفظ والمعنى: فإنه يعبّر عن الاستصحاب بأن "**الأصل بقاء ما كان على ما كان**"، وبأن "**الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن**"[2] ويعبّر بهذين الأصلين عن قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**"[3]،

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٦٢، ٧١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١١٥، ١٣٠.

(٢) القواعد، للونشريسي، ١٤١؛ التمهيد، للإسنوي، ٦٠١؛ القواعد، للحصني، ١/٢٧٢.

(٣) القواعد، للحصني، ١/٢٧٠.

فالقاعدتان مرتبطتان من حيث اللفظ.

وأما من حيث المعنى: فإن معنى قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" يتضمن معنى استصحاب الحال، لأن قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" تعني إبقاء حكم اليقين السابق والتمسك به وعدم رفعه بالشك اللاحق أو الطارئ، وهذا المعنى هو المراد من استصحاب الحال، الذي يقصد منه: التمسك بالحكم الثابت في حالة البقاء ما لم يوجد المغير لذلك الحكم وإبقاء ما كان على ما كان عند عدم وجود الدليل[١]، بل إن بعض العلماء – كالحصني[٢] – قد عبَّر صراحة عن القاعدتين بإطلاق اسم إحداهما على الأخرى، حيث عبر عن قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" بقاعدة "**الأصل بقاء ما كان على ما كان**"، وهذا هو معنى الاستصحاب، وإذا ثبت هذا فإن اليقين معنى موجود في الاستصحاب؛ لأن إبقاء حكم دل الشرع على ثبوته مع عدم وجود ما يغيره يرجع إلى الشك في وجود الدليل المغير وعدم اليقين من ذلك، فيبقى المتيقن منه وهو استصحاب الحكم الذي دل الشرع على ثبوته ولا يرفعه الشك.

وبالنسبة لارتباط القاعدتين من حيث القواعد المتعلّقة بهما: فإنه يندرج تحت كلٍ من قاعدة الاستصحاب، وقاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" عدة قواعد مثل: "**الأصل العدم**"، و"**الأصل في الأبضاع التحريم أو الحظر**"، و"**الأصل براءة الذمة**"، و"**الأصل في الأشياء الإباحة**"، وهذه القواعد يعبَّر عن الأصل في جميعها بالاستصحاب، أي استصحاب الماضي في الحاضر، وهو المقصود بقاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**"[٣].

ومما يؤكد ارتباط القاعدتين: ما قاله الرازي الذي اعتبر اليقين عين الاستصحاب، فقد قال عن الفقهاء بأنهم قالوا: "إنا متى تيقنّا حصول شيء وشككنا في

---

(١) شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون، بهامش كشف الأسرار، للنسفي، ٢/ ٢٦٨.
(٢) القواعد، ١/٢٧٠.
(٣) انظر: [الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٦٢-٧٧؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/ ٧١، ١١٥، ١٣٠].

حدوث المزيل، أخذنا بالمتيقن، وهذا عين الاستصحاب، لأنهم رجحوا بقاء الباقي على حدوث الحادث"[1].

وأما بالنسبة لارتباط القاعدتين من حيث الفروع المخرجة عليهما: فإنه بملاحظة الفروع المخرجة على قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" وقاعدة الاستصحاب، نجد اتفاقا كبيرًا في الاستناد إلى كلٍ من القاعدتين على الحكم، مثل استصحاب عدم الطلاق لمن شك في طلاق زوجته، أي أنه عند الشك في الطلاق فإن اليقين هو عدم وقوعه، وهذا يعني إبقاء المتيقن منه وهو النكاح، وعدم رفعه بالشك الطارئ، وبناءً على ذلك فإن قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" قاعدة أصولية فقهية.

ثانيًا: موقف القانون اليمني من قواعد استصحاب الحال.

لم يخل القانون اليمني من النَّصّ على استصحاب الحال في قواعد محددة، وإليك تلك النُصوص القانونية الدالة على ذلك: –

١– ورد في بداية المادة التاسعة من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني: أن "**اليقين لا يزول بالشك...**".

٢– ورد في نهاية نفس المادة من نفس القانون: أن "**ما ثبت بيقين لا يرتفع بالشك**".

وهذان النصان تضمنا قاعدة كلية[2]، هي قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" التي تعد نوعًا من الاستصحاب.

٣– ورد في المادة رقم (١١) من نفس القانون: "**أن الأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره**"، فهذا النَّصّ صريح في قاعدة استصحاب الحال التي عبَّر عنها العلماء بمثل هذا النَّصّ القانوني – كما سبق ذكره في البند السابق – وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني ما يوضح ذلك، حيثُ فسَّر هذا النَّصّ "بأنه إذا ثبت وجود

---

(١) المحصول في علم الأصول، ٦/١٢١.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٤.

الشيء بيقين، فإن بقاءه على ما كان يصبح الأصل حتى يثبت غيره"[1].

ومن خلال هذا يتضح أن القانون اليمني قد نص صراحة على قواعد استصحاب الحال بألفاظ مقاربة لفظًا ومعنى لبعض ما ذكره العلماء من القواعد؛ ليسهل على القضاة استحضارها عند تطبيق القانون.

النوع الثاني: قواعد استصحاب البراءة الأصلية

استصحاب البراءة الأصلية نوع من أنواع الاستصحاب[2]، والمراد بالبراءة الأصلية: الحكم ببراءة الذمة من التكاليف والحقوق حتى يدل دليل شرعي على شغلها؛ فمثلاً: الحكم بعدم وجوب صلاة سادسة هو استصحاب لحكم العقل بالبراءة الأصلية، فيجب استصحاب خمس صلوات وتبقى السادسة على النفي الأصلي للعلم بانتفائها وانتفاء ما يدل على خلاف ذلك، وكالحكم ببراءة ذمة الإنسان من الحقوق، الذي هو استصحاب للبراءة الأصلية، فتبقى ذمة الإنسان بريئة من الحقوق غير مشغولة إلا إذا قام الدليل على ذلك؛ ولهذا فإن من ادعى على آخر حقًا فعليه الإثبات، فإن لم يستطع إثبات ما يدعيه فإنه يحكم ببراءة ذمة المدعى عليه لعدم شغلها، لأن هذا هو الأصل في المدعى عليه، فيستصحب هذا الأصل إلى أن يُثبت المدعي خلاف ذلك[3]، وقد يطلق على هذا النوع:أنه لا حكم قبل الشرع[4]، لأنه يتعلق بقاعدة: "**لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود الشرع**"؛ ولذلك فهو حجة [5]،

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٤(الفقرة الأولى من شرح المادة المذكورة).

(٢) تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٤٧؛ المستصفى، للغزالي، ١/١٩٧؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٢٥٠.

(٣) المستصفى، للغزالي، ١/١٩٧؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٢٥٠؛ وانظر أيضًا: [الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان، ٢٦٥؛ أصول الفقه الإسلامي د. عبد المجيد مطلوب، ٢١٩].

(٤) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٢٥١.

(٥) انظر ما سبق في دراستنا لقاعدة حكم الأشياء قبل ورود الشرع في المبحث الأول، من الفصل الأول من الباب الأول من هذا البحث.

والحجة لهذا النوع من الاستصحاب: هو أن ثبوت العدم في الماضي يوجب ظن عدم ثبوته في الحال، فيعتمد على هذا الظن بعد الفحص عن رافعه وعدم وجوده[1]، وفيما يلي بعض القواعد المتعلّقة باستصحاب البراءة الأصلية في الشريعة الإسلامية وموقف القانون اليمني من تلك القواعد.

أولاً: قواعد استصحاب البراءة الأصلية في الشريعة الإسلامية.

من القواعد المتعلّقة باستصحاب البراءة الأصلية في الشريعة الإسلامية ما يلي:-

١ – "**الأصل براءة الذمة**": هذه القاعدة مشتهرة عند العلماء[2]، ويتضح معناها من خلال معنى كلّ من: الأصل، والذمة، أما الأصل فمعناه: القاعدة المستمرة أو الاستصحاب[3]، وكلا المعنيين مراد من القاعدة، فالقاعدة المستمرة تعني: استمرار براءة الذمة إلى أن يثبت العكس، والاستصحاب يعني: استصحاب براءة الذمة إلى أن يثبت ما يزيل تلك البراءة، وأما الذمة فهي: "وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له

---

(١) تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٤٧.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٦٤؛ الفروق الفقهية، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ٧٨؛ شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٥٣، ٤٥٤؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١/١٨٦؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٢٠؛ القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب الحنبلي، ٣٦٥؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى، في مقدمة كتابه: البحر الزخار، ١/١٨١؛ البحر الزخار، للمؤلف نفسه، ٢/٣٣٥؛ نبذة مختصرة في كتاب شذور الذهب في تحقيق المذهب، لعبد الله بن الحسين دلامة، في مقدمة: شرح الأزهار، لابن مفتاح، ١/٢١؛ التاج المذهب لأحكام المذهب، شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، للقاضي أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، دار الحكمة اليمانية للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، الجمهورية اليمنية ــ صنعاء ١٤١٤هـ ــ ١٩٩٣م ٤/٣٤٧؛ والمادة رقم(٨) من مجلة الأحكام العدلية [درر الحكام، لعلي حيدر، ١/١٢٢].

(٣) المنثور في القواعد، للزركشي، ١/١٨٤.

وعليه"[1]، والذمة هنا – كأصل – يراد منه: أن ذات الإنسان نفسها – باعتبار ماله أو عليه – بريئة، فالأصل أن تكون ذمة كل شخص بريئة غير مشغولة بحق؛ لأن كل مولود يولد وذمته بريئة وشغلها يحصل بالمعاملات التي يجريها فيما بعد، فكل من يدعي خلاف هذا الظاهر يُطلب منه أن يبرهن على ذلك[2]؛ لأن القاعدة أو الأمر المتيقن منه بالنسبة للإنسان هو انتفاء المسئوليات والالتزامات عن الذمة، فالإنسان خلق خاليًا من أي مسئوليات والتزامات تجاه الآخرين، فلا تشغل ذمته بأي حق أو التزام إلا بيقين وبرهان[3].

٢ – "**الذمَم في الأصل خلقت بريئة، والبيّنة على من يدعي خلاف الظاهر**"[4]: هذا الأصل ذكره النسفي، وهو يشتمل على أن الأصل براءة الذمة، ووجه ذلك: أن الله تعالى خلقها بريئة، أي أن براءة الذمة كان بأصل الخلقة، كما يشتمل على قاعدة أخرى ترتبت على أصالة البراءة، وهو أنه لمّا كان الظاهر (الأصل) براءة الذمة، فإن من يدعي خلاف هذا الظاهر فعليه البيّنة.

٣ – "**الذمة إذا عمرت بيقين فلا تبرأ إلا بيقين**"[5]: هذه القاعدة تعني: أنه إذا ثبت يقينًا بأن ذمة شخص ما مشغولة بحق – كدين مثلاً – وثبت ذلك بإقرار أو بينة فإن هذه الذمة تبقى عامرة – أي مشغولة بذلك الدين – ولا تبرأ إلا بيقين يثبت خلوها ممّا كانت مشغولة به، وهذه القاعدة مطابقة لقاعدة الأصل براءة الذمة؛ إذ إنّها تعني: أنه ما دام الأصل المتيقن منه هو براءة الذمة فإن شغلها وتحميلها المسئوليات والالتزامات والحقوق لمجرد الشك في ذلك لا يجوز، لأن اليقين القوي هو براءة الذمة.

---

(١) التنقيح في أصول الفقه، وشرحه: التوضيح في حل غوامض التنقيح، لصدر الشريعة، بهامشه، وبهامشهما: التلويح شرح التوضيح، للتفتازاني، ٢/٣٣٧.

(٢) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٢٢.

(٣) قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، د.يعقوب عبد الوهاب الباحسين، ٩٩، ١٠٠.

(٤) شواهد النسفي بذيل أصول الكرخي، ٨٠.

(٥) القواعد، للونشريسي، ٧٦.

والذي يتضح من خلال ما سبق أن الذمة إنما اعتبرت أصلاً؛ لأن براءة ذمة الإنسان أمر متيقن منه فلا يجوز شغلها إلا بيقين، ومن هنا كانت قاعدة أصل براءة الذمة إحدى القواعد المندرجة تحت قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**"[١].

ثانيًا: موقف القانون اليمني من قواعد استصحاب البراءة الأصلية

نص القانون اليمني صراحة على استصحاب البراءة الأصلية في آخر المادة رقم (١١) من القانون المدني اليمني بقولها: "...الأصل براءة الذمة حتى يثبت غيرها"، وهذا يعني أن القانون اليمني قد جعل هذه القاعدة من قواعد تطبيق القانون، بحيث يجب على القاضي استصحاب البراءة الأصلية في الوقائع المنظورة أمامه، فلا يقضي بشغل ذمة أحد المتداعيين إلا بعد إثبات شغلها، فإنْ لم يثبت ذلك فإنّ الأصل براءة الذمة.

وبهذا يتضح أن القانون اليمني قد أخذ بقاعدة استصحاب البراءة الأصلية، شأنه في ذلك شأن الفقه الإسلامي.

النوع الثالث: قواعد استصحاب العدم الأصلي

استصحاب العدم الأصلي نوع من أنواع الاستصحاب، وهو: "الاستدلال بعدم الدليل على نفي الحكم"[٢]، أي أن استصحاب العدم الأصلي يعني: استصحاب حكم العقل في عدم الأحكام[٣]، وذلك باستصحاب العدم الأصلي المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعيّة[٤]، وهذا النوع من الاستصحاب يُعبر عنه بقواعد، وفيما يلي بعض تلك القواعد في الشريعة الإسلامية، مع توضيح موقف القانون اليمني منها:ـ

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٦٤؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٢٠، ١٣٩.

(٢) تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني، ١٧٢.

(٣) المستصفى، للغزالي، ١/١٩٧.

(٤) المستصفى، للغزالي، ١/١٩٧؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٢٥٠.

أولاً: قواعد استصحاب العدم الأصلي في الشريعة الإسلامية

من القواعد المتعلّقة باستصحاب العدم الأصلي في الشريعة الإسلامية: قاعدة:"**الأصل العدم**"[1]، والمراد بالعدم في القاعدة كأصل إنما هو في الصفات العارضة وليس العدم كأصل على إطلاقه، وقد نبه ابن نجيم إلى ذلك بقوله "تنبيه: ليس الأصل العدم مطلقاً، وإنما هو في الصفات العارضة، وأما في الصفات الأصلية فالأصل الوجود"[2]، وقد أخذت بذلك مجلة الأحكام العدلية، فقد نصّت المادة التاسعة منها على أن: "**الأصل في الصفات العارضة العدم**"[3]، وبناءً على ذلك فإن القاعدة تعني: أن عدم وجود الصفات العارضة في الأشياء هو الأصل، أما الصفات الأصلية فالأصل فيها وجودها، والصفة الأصلية: هي التي توجد مع الموصوف، والصفة العارضة: هي التي لم توجد مع الموصوف ولم تتصف بها ذاته ابتداءً، فمن يدعي الصفة الأصلية فالقول قوله، ومن يدعي الصفة العارضة فهو يدعي خلاف الأصل والبيّنة عليه؛ ومثال ذلك: أن من باع لشخص بقرة على أنها بقرة حلوب، ثم طلب المشتري ردها لكونها غير حلوب، وأنكر البائع وقوع البيع على شرط أنها حلوب، فالقول قول البائع؛ لأن الصفة الأصلية في البقرة كونها غير حلوب، وصفة الحلب طارئة، فالقول قول البائع الذي يدعي عدم حصول هذا الشرط، وعلى المشتري الذي يدعي خلاف الأصل إثبات ما يدعيه[4]، فالمراد بالعدم: عدم ذكر الشرط، أو عدم دعوى الخصم، ما لم يثبت خلاف ذلك[5].

كما أن العدم الأصلي في الصفات العارضة معناه: أن العدم هو القاعدة

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٦ وبحاشيته: نزهة النواظر، لابن عابدين هامش(٢) ص٦٩؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٢٧/١.

(٢) الأشباه والنظائر، ٧١.

(٣) درر الحكام، لعلي حيدر، ٢٣/١.

(٤) السابق، الجزء نفسه، الصفحة نفسها.

(٥) نزهة النواظر، لابن عابدين، بحاشية الأشباه والنظائر، لابن نجيم، هامش٢، ص٦٩.

المستمرة، أو أن العدم هو الأمر المستصحب، أو أن الغالب من الصفات العارضة هو العدم، أو أن الظاهر من تلك الصفات هو العدم، قال الزركشي: "المراد بالأصل: القاعدة المستمرة أو الاستصحاب: اعلم أن الأصحاب تارة يعبرون عنهما بالأصل والظاهر، وتارة بالأصل والغالب، وكأنهما بمعنى واحد، وفهم بعضهم التغاير، وأن المراد بالغالب ما يغلب على الظن من غير مشاهدة، وهذا يُقدّم الأصل عليه، والظاهر ما يحصل بمشاهدة"... ثم قال: "الظاهر عبارة عما يترجح وقوعه، فهو مساو للغالب"[1].

ووجه صلة قاعدة العدم الأصلي بكلٍّ من: قاعدة الاستصحاب، وقاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**"، يتضح من خلال ما مر في الاستصحاب من أن من أنواعه: استصحاب العدم الأصلي إلى أن يقوم دليل يغير هذا العدم، فالعلاقة واضحة بين هذه القاعدة وبين قاعدة الاستصحاب، وصلة هذه القاعدة بقاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**": هي أن قاعدة: "**الأصل العدم**" من القواعد المندرجة في قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**"[2]؛ وذلك لأنه عند تيقن عدم وجود الشيء فإن هذا اليقين بالعدم يبقى مستصحبًا إلى أن يثبت خلافه.

ثانيًا: موقف القانون اليمني من قاعدة استصحاب العدم الأصلي.

نص القانون اليمني صراحة على استصحاب العدم، حيث نصّت المادة رقم (١١) من القانون المدني علّى ذلك بقولها: "الأصل (الظاهر) العدم، فمن تمسك به فالقول قوله، ومن ادعى خلافه فالبيِّنة عليه..."، فهذا نص صريح على هذا الأصل، ولكن ورود كلمة: "الظاهر" بجانب كلمة: "العدم" يوحي بأن كلمة: "الأصل" تعنى "الظاهر"، وهذا يوافق ما قاله الزركشي عن الشافعية من المراد بالأصل، حيث قال: "المراد بالأصل: القاعدة المستمرة، أو الاستصحاب: اعلم أن الأصحاب تارة

---

(١) المنثور في القواعد، ١/١٨٤.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم ٦٩؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٢٧.

يعبرون عنهما بالأصل والظاهر، وتارة بالأصل والغالب، وكأنهما بمعنى واحد، وفهم بعضهم التغاير، وأن المراد بالغالب ما يغلب على الظن من غير مشاهدة... والظاهر ما يحصل بمشاهدة... ثم قال: "الظاهر عبارة عما يترجح، فهو مساو للغالب"[١]، إلا أن الذي يبدو لي أن الظاهر مغاير للأصل؛ لأن الأصل الذي بمعنى الاستصحاب قد يكون معدومًا ثم يحدث؛ كالجناية، فإنّ الأصل عدمها، فإذا وقعت فإنها تكون حادثة، أما الظاهر فإنه مساو للغالب؛ فمثلاً، يقال: الغالب على الناس ألا تزيد أعمارهم على التسعين أو السبعين، وإن كان قد يعيش بعض الناس أكثر من ذلك فهو أمرٌ نادر، والنادر لا حكم له[٢]، وبناءً على هذا فإن صياغة القاعدة في القانون المدني يفضل أن تكون: "**الأصل العدم**" فهذه الصياغة تتوافق مع ما جاء في المذكرة الإيضاحية عن النصّ القانوني المذكور آنفًا: من أنّ "أصل كل شيء قبل وجوده هو عدمه، فمن تمسك بالعدم فقد تمسك بالأصل الثابت بيقين فالقول قوله، ومن ادعى خلافه فقد ادّعى خلاف الأصل الثابت بيقين فيكون عليه إثباته"[٣]؛ لأن نص القانون اليمني لاستصحاب العدم الأصلي في قاعدة محددة هي: "**الأصل العدم**" يدل على سهولة استحضار القاضي لهذه القاعدة في ذهنه عند تطبيق القانون.

النوع الرابع: قواعد استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء

استصحاب حكم الإباحة الأصلية للأشياء هو نوع من أنواع الاستصحاب[٤]، فالأشياء النافعة من طعامٍ أو شرابٍ أو حيوانٍ أو نباتٍ – إذا لم يوجد دليل على تحريمها – تكون مباحة؛ لأن الإباحة هي الحكم الأصلي لموجودات الكون، وإنما يحرم ما يحرم منها بدليل من الشارع لمضرتها، ومن هذا النوع من الاستصحاب: كلّ عقد يجري بين الناس لتبادل المنافع، فإنه يكون مباحًا بالإباحة

(١) المنثور في القواعد، ١/١٨٤.

(٢) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٤٥.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٤.

(٤) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٤٧.

الأصلية ما لم يوجد دليل على حرمته[1].

ولهذا النوع من الاستصحاب قواعد تتعلق به؛ وهذا ما سيتم توضيحه، مع توضيح موقف القانون اليمني من تلك القواعد على النحو التالي: -

أولاً: قواعد استصحاب حكم الإباحة الأصلية في الشريعة الإسلامية

تعتبر قواعد استصحاب الإباحة الأصلية من القواعد الأصولية المتعلّقة بالدلائل المختلف فيها[2]؛ فهي تتعلق بحكم الأشياء بعد ورود الشرع إذا لم يرد في حكمه شيء، وفيما يلي بعض القواعد المعبَّر بها عن استصحاب الإباحة الأصلية: -

١ - **"الأصل في الأشياء الإباحة"**[3]، و**"الأشياء في الأصل على الإباحة"**[4]،و**"الأصل الإباحة"**[5]، و**"الإباحة أصل"**[6]: وهذه القواعد متقاربة العبارات متحدة المعنى، فهي تعني: أنه إذا لم يذكر حكم في شيء بعد البعثة ولم يرد دليل يدل على حكمه فإن الأصل فيه الإباحة[7]، والإباحة كأصل في الأشياء مفهوم شامل للأقوال والأفعال[8].

٢ - **"الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم"**[9]: هذه القاعدة زِيد فيها:**"حتى يدل الدليل على التحريم"** وهذا يفيد أن السبب في اعتبار الأشياء في الأصل على الإباحة هو عدم ورود دليل يدل على التحريم، فعند عدم وروده،

---

(١) أصول الفقه الإسلامي، د.عبد المجيد مطلوب، ٢١٩.

(٢) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٥٩٩؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٤٠٩/٢.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٧٣.

(٤) كشف الأسرار، للنسفي، ٥٩٠/٢.

(٥) المنثور في القواعد، للزركشي، ١٩١/١؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٤١٠/٢.

(٦) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٧٤.

(٧) شرح الورقات في علم أصول الفقه، للمحلي، ١٢٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٣١/١.

(٨) حاشية الدمياطي، بهامش شرح الورقات في علم أصول الفقه، للمحلي، ١٢٢.

(٩) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٣١/١.

يستصحب حكم الإباحة، إذ الأصل يعني الاستصحاب[1].

٣ – "**الأصل في الأشياء الإباحة إلاّ ما حظره الشرع**"[2]: هذه القاعدة تقرر حكم الإباحة الأصلية للأشياء عند عدم ورود الدليل أو عند عدم ورود دليل الحظر، ومعنى هذه القاعدة: أن الشيء إذا لم يرد دليل على حكمه فإنه يبقى مباحًا حتى يرد الشرع بتقريره أو بتغييره، فما سكت عنه الشارع فإنه يبقى على الإباحة الأصلية[3]؛ ولذلك فإن استصحاب الإباحة الأصلية للأشياء إذا لم يرد شيء في حكمها حجة[4].

---

(١) المنثور في القواعد، للزركشي، ١٨٤/١.

(٢) الورقات في علم أصول الفقه، للجويني، ١٢٢.

(٣) كشف الأسرار، للنسفي، ٥٩/٢، ٥٩٩؛ الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٣١٩.

(٤) أصول الجصاص، ١٠٤/٢-١٠٥؛ أصول السرخسي، ٢٢/٢؛ كشف الأسرار، للنسفي، ٩٩/٢، ٥٩٠ وبهامشه: شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون، ٩٩/٢؛ التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام طبع مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٥١هـ، ٢٣٥، وطبعة أخرى لدار الفكر مع تيسير التحرير، لأمير بادشاه، ١٧٢/٢؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٧٣؛ الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٣١٩؛ الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٢٨٤؛ إحكام الفصول، للباجي، ١٦٣/١؛ الإشارة في أصول الفقه، للمؤلف نفسه، ٢٩٩، ٤٢٣؛ تنقيح الفصول، للقرافي، ٨٨؛ الورقات في علم أصول الفقه، للجويني، وشرحها، للمحلي، ١٢٢؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٦٠٠؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١٨٦/١؛ القواعد، للحصني، ٤٧٨/١؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، مطبعة الجمهورية، الموصل، ١٩٨٤م، ٥٩١/٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٣١/١؛ روضة الناظر، لابن قدامة، وشرحه: نزهة الخاطر العاطر، لعبد القادر بدران بهامشه، ١١٧/١، ١٢٠، ١٢١؛ المسودة في أصول الفقه، لآل تيمية، ٤٣٢؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٤١٠/٢؛ مختصر من كتاب شذور الذهب في تحقيق المذهب، لعبد الله بن الحسين دلامة، في مقدمة شرح الأزهار، لابن مفتاح، ١١٩/١؛ تهذيب الأصول، للسيد عبد الأعلى الموسوي، ١٦٤/٢، ١٦٥؛ غاية المأمول في علم الفروع والأصول، لمحمد بن شامس البطاشي، ٣٤٧/١؛ قاموس الشريعة، لجميل بن خميس السعدي، ٢٠٥/١.

٤ - "**الأصل في المنافع الإذن وفي المضار المنع**"[١]، و"**المضار على التحريم والمنافع على الحل**"[٢]، و"**الأصل في الملاذ [أي المنافع] الإذن وفي المضار الحرمة**"[٣]: هذه القواعد تفسر بعضها بعضًا، وهي بمعنى واحد، وتتكون من أصلين؛ أحدهما: أن الأصل في الأشياء النافعة الإباحة، والثاني: أن الأصل في الأشياء الضارة التحريم.

أما معنى "**الأصل في المنافع الإباحة**"[٤]: فهو أنه لمَّا كان المراد بالمنافع: تحصيل منفعة أو ما يكون وسيلة إليها[٥]، فإن هذا يقتضي أن ما كان منفعة أو يؤدي إليها ولم يرد دليل في حكمه، فإن الأصل فيه الإباحة فيكون مأذونًا في الانتفاع به.

أما بالنسبة لمعنى "**الأصل في المضار التحريم**": فإنه لمَّا كانت المضار جمع مضرة، وهي كلّ ما يضر ويؤلم[٦]، فإن المضار لفظ شامل لكل ضرر، فيدخل في ذلك: تفويت المنفعة على الإنسان بما خلق الله، كما يدخل في ذلك: شتم الإنسان والاستخفاف به[٧].

ومن خلال هذين الأصلين يتبين الفرق بين ما هو نافع وبين ما هو ضار، فما كان نافعًا ولم يرد فيه دليل يبيّن حكمه بعد البعثة فالأصل فيه الإباحة بالإذن

---

(١) تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٥١؛ المحصول، للرازي، ٩٧/٦، ١٠٥، إرشاد الفحول، للشوكاني، ٤١٠/٢.

(٢) شرح الورقات، لجلال الدين المحلي، ١٢٢.

(٣) الموافقات، للشاطبي، ٨١٠.

(٤) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٤١٣/٢.

(٥) المحصول، للرازي، ١٠٥/٦، ١٠٨؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٥٩٩.

(٦) حاشية الدمياطي بهامش شرح الورقات في علم أصول الفقه، للمحلي، ١٢٢.

(٧) المحصول في علم أصول الفقه، للرازي، ١٠٥/٦، ١٠٨؛ التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٥٩٩.

بالانتفاع به، وما كان ضارًا فالأصل فيه التحريم، وهذا الاستصحاب حجة في العمل به عند عدم ورود دليل في الشيء المراد معرفة حكمه[1]، كما أن هذا التفريق يتقيد به إطلاق القول بأن: "**الأصل في الأشياء الإباحة**"؛ بحيث تكون الإباحة في الأشياء النافعة، كما يتقيد بهذا التفريق أيضًا إطلاق قول بعض العلماء بأن الأصل في الأشياء بعد البعثة إذا لم يرد فيها دليل هو التحريم[2]، بحيث يكون حكم الأشياء الضارة هو التحريم؛ لقوله ﷺ: «**لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ**»[3]، فهذا الحديث يقتضي أن الأصل في المضار التحريم[4]؛ لأنه يدل على نفي الضرر مطلقًا، حيث جاء نكرة في سياق النفي، فيعم كل ضرر؛ ولذلك لا يجوز الضرر والضرار في دين الإسلام[5]، ومما يؤيد اعتبار الأصل في المضار التحريم: هو ورود مادة الضرر في القرآن في أكثر

---

(١) تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٥١؛ الموافقات، للشاطبي، ٨١٠، المحصول، للرازي، ٦/٩٧، ١٠٥؛ التمهيد، للإسنوي، ٥٩٩؛ القواعد، للحصني ١/٥٧٨؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، مطبعة الجمهورية، الموصل، ١٩٨٤ م، ٢/٥٩١؛ شرح الورقات في علم أصول الفقه، للمحلي، ١٢٢، معيار العقول في علم الأصول؛ لابن المرتضى، في مقدمة كتابه: البحر الزخار، ١/١٩٦؛ أصول الفقه المسمى إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٢٦؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٤١٣؛ أصل الشيعة وأصولها، لكاشف الغطاء، ٢١٩؛ غاية المأمول، لمحمد بن شامس البطاشي، ١/٣٤٧.

(٢) كشف الأسرار، للنسفي، ٢/٥٩٠، وبهامشه: شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون، ٢/٩٩، الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٧٣؛ الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٣٢٠، إحكام الفصول، للباجي، ١/١٦٣؛ الإشارة في أصول الفقه، للمؤلف نفسه، ٢٩٩، ٤٢٣؛ التمهيد، للإسنوي، ٦٠٠؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١/٨٦؛ العدة في أصول الفقه، للقاضي أبي يعلى الفراء، ٢/٤٥٩؛ روضة الناظر، لابن قدامة، وشرحه: نزهة الخاطر العاطر، لعبد القادر بدران بهامشه، ١/١٢٠؛ معيار العقول في علم الأصول، لابن المرتضى، في مقدمة كتابه: البحر الزخار، ١/١٩٦؛ غاية المأمول؛ لمحمد بن شامس البطاشي، ١/٣٤٧.

(٣) الحديث سبق تخريجه في ص١٢١ من هذا البحث.

(٤) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٥٩٩.

(٥) قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، د.يعقوب عبد الوهاب الباحسين، ١٥٥.

من موضع، فقد قال تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾[1]، وقال في شأن المطلقات: ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ﴾[2]، وقال: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾[3]، وقال في شأن الوصية والدين: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾[4]، وغير ذلك، فهذه الآيات وسواها تدل على تحريم الضرر ومنعه، وهي وإن كانت قضايا جزئية إلا أن استقراءها يدل على قصد الشارع التحريم لكل أنواع الضرر، وأنه ينقدح منها أصل كلي يرجع إليه في كل ما كان من هذا القبيل[5].

أما بالنسبة لاعتبار الأصل في المنافع الإباحة: فإنه لَمَّا كان من المعلوم أن من مقاصد الشريعة رفع الحرج والتيسير على الناس، فإن اعتبار الإباحة كأصل في المنافع فيه مراعاة لهذا المقصد؛ لأنه لو كان الأصل في الأشياء الحظر أو التوقف لوقع الناس في ضيق وحرج شديدين، لأن كثيرًا من المأكولات والمطعومات لم ينص على حكمها، فلو كان الأصل فيها الحظر أو التوقف لامتنع الناس من الإفادة في كثير من ذلك أو لتوقفوا عن ذلك، وهذا يَشُق عليهم، ومن حكمة الله تعالى أنه خلق ما في السموات والأرض لنفع العباد[6]، فكون الأصل في المنافع الإباحة فيه تخفيف وتيسير على العباد، فالقاعدة مظهر من مظاهر رفع الحرج[7]، كما أن معنى قول العلماء: إن الأصل في المنافع الإباحة يرجع أيضًا إلى كون الأمر المتيقن فيما هو نافع – ولم يرد عن الشارع دليل بشأنه – أنه مباح، فلا يرتفع عنه هذا الحكم بالشك الذي هو مجرد احتمالات لا يعضدها الدليل[8]؛ ولذلك فإن قاعدة:"**الأصل في الأشياء**

---

(١) الآية ٢٣٣ من سورة البقرة.

(٢) الآية ٦ من سورة الطلاق.

(٣) الآية ٢٣١ من سورة البقرة.

(٤) الآية ١٢ من سورة النساء.

(٥) قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، د.يعقوب الباحسين، ١٥٥.

(٦) إرشاد الفحول، للشوكاني؛ ٢/٤١٣.

(٧) قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، د. يعقوب الباحسين، ١٥٣.

(٨) السابق، ١٤٣.

الإباحة"من القواعد المندرجة تحت قاعدة:" **اليقين لا يزول بالشك**"[1].

ومن خلال هذا يتبين أن استصحاب أصل الإباحة يعطي القاضي مجالا واسعًا لاستصحاب هذا الأصل فيما لم يرد دليل بشأنه، ولكن بعد بحثه واجتهاده بقدر وسعه عن الدليل، حتى لا يقف عاجزًا عن الحكم في القضية المنظورة أمامه، وما دام أن على القاضي البحث عن الأدلّة قبل العمل بهذا الأصل، فإنه إذا وجد أصلاً أقوى من هذا فإنه يُعمل به، ولا تصح معارضة الأدلّة بهذا الأصل[2].

كما أن في معنى قول العلماء: إن الأصل في المضار التحريم مراعاة لمقاصد الشريعة أيضًا؛ ذلك أن المصلحة كما تكون بجلب المنافع فإنها تكون بدرء المفاسد والمضار، فدفع المضار وتحريمها هو في حقيقته مصلحة[3]، ولكن مع مراعاة تحمل الضرر الأصغر لدفع الأكبر، وتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام[4]، وأن الأضرار تتفاوت بتفاوت الأمور الكلية: الدين، والنفس، والعرض، والمال، والعقل، والنسل، فيدفع ما كان متعلقًا بالأهم إذا تعارض مع ما يتعلق بما هو دونه[5].

وهذا الأصل يُلجأ إليه عند عدم وجود دليل في المسألة باعتباره أمرًا يقينيًا؛ ولذلك قال أحد الباحثين عن معنى الأصل في المضار التحريم: "إن الأمر المتيقن فيما هو ضار ممًا لم يرد عن الشارع دليل بشأنه أنه حرام، فلا يرتفع عنه هذا الحكم بمجرد احتمالات لا يعضدها دليل"[6].

ومما ينبني على أن الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار التحريم:

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٧٢-٧٤؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١١٥-١٣١.

(٢) قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، د. يعقوب الباحسين، ١٥٣.

(٣) السابق، ١٥٧.

(٤) انظر قاعدة "لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ" في الفصل الثاني من الباب الرابع من هذا البحث.

(٥) قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، د. يعقوب الباحسين، ١٥٨.

(٦) السابق، ١٤٣.

بعض الأمور المشكل أمرها، والتي لم يرد عن الشارع حكم بشأنها؛ كالأشياء المسكوت عنها والمختلف في حكمها من حيث الحل والحرمة[1]؛ كالحيوان المشكل أمره هل هو مباح أم محظور؟ ففي ذلك وجهان مبنيَّان على الخلاف في القاعدة هل الأصل في الأشياء الإباحة؟ أو الحظر؟[2]، وقد أجاب السيوطي عن ذلك بأن بعض الفقهاء قد صحح الحل بناء على أن أصل المنافع الحل، كما ينبني على هذين الأصلين أيضًا: النبات المجهول تسميته، فقيل يحرم أكله، وقيل: يحل أكله، ومسألة الزرافة المختلف في أكلها، قال السبكي: المختار حل أكلها؛ لأن الأصل الإباحة، وليس لها ناب كاسر، فلا تشملها أدلّة التحريم، وهو قول الغزالي، وغيره، وجزم البعض بتحريمها[3].

ويظهر أثر اعتبار الإباحة كأصل في الأشياء في مسألة جواز نكاح الرجل لمن شاء من النساء إذا اشتبهت عليه محرم من محارمه بنسوة قرية كبيرة؛ عملاً بأصل الإباحة[4]، وفي التعليل بأصل الإباحة في عدم قطع يد من سرق ممَّا أصله مباح؛ كالصيد، والحطب، والحشيش – ما لم تدخل تلك الأشياء في ملك أحد – وذلك للشبهة التي يعتقدها سارق تلك الأشياء المباحة في الأصل من كونها مباحة لكل أحد، وأن لكل أحد ملكيتها، وهي شبهة الملكية في المباح[5]، قال ابن رشد: "اتفقوا على أن من شرط المسروق الذي يجب فيه القطع أن لا يكون للسارق فيه شبهة ملك"[6].

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٧٤؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/ ١٣٢.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٣٢/١.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي، ١٣٢/١، ١٣٣.

(٤) المنثور في القواعد، للزركشي، ١٩١/١.

(٥) بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٧٠/٢.

(٦) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

ثانيًا: موقف القانون اليمني من قواعد استصحاب الإباحة الأصلية.

قاعدة استصحاب الإباحة الأصلية في الأشياء إذا لم يرد دليل بشأنها ذكرها القانون اليمني في المادة رقم (١١) من القانون المدني التي نصَّت على ذلك بقولها: "الأصل في الأشياء الإباحة حتى يقوم الدليل على تحريمها..."، وهذا يعني أن القانون اليمني قد جعل هذه القاعدة من قواعد تطبيق القانون، بحيث يجب على القاضي البحث عن الدليل، فإن لم يجد فإنه يستصحب هذا الأصل، ولا حرج عليه في الأخذ بها؛ لأنها تراعي مبدأ التيسير ورفع الحرج، والقاضي ملزم بالرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية، وهذا ما نصَّت عليه المادة الأولى من نفس القانون بقولها: "يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المسائل والمعاملات التي تتناولها نصوصه لفظا ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون..."، كما نصَّت المادة الثالثة من القانون ذاته على مراعاة مقاصد الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد بقولها: "الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم، والتيسير في معاملاتهم، وعدم تكليفهم بما يشق عليهم ويوقعهم في الضيق والحرج..."، ومن خلال هذا يتضح أن القانون اليمني قد نص على أن الأصل في الأشياء الإباحة، وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني ما يؤكد هذا، فقد جاء في شرح هذا الأصل: "الأصل فيما خلق الله إباحته حتى يقوم الدليل على تحريمه، وهو الاستصحاب"[1].

ومع أن القانون اليمني قد نصَّ صراحة على أن الأصل في الأشياء الإباحة، إلا أنه لم ينص على الأصل الثاني المتمِّم لهذه القاعدة، وهو أن الأصل في المضار التحريم، ولكن عدم النصِّ عليه لا يعني عدم الأخذ به في القانون اليمني، بل الأخذ بهذا الأصل واجب بنص القانون، لأن هذا الوجوب مفهوم من بعض القواعد

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٤.

الدالة على رفع الضرر في القانون المدني اليمني، والمنصوص عليها في المادة الرابعة منه، التي جاء فيها: "الضرر يجب أن يزال، ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح عند التعارض..."

وهكذا فإن القانون اليمني قد أرشد القاضي إلى الأخذ بقواعد استصحاب الإباحة الأصلية للأشياء إذا لم يرد في الواقعة المنظورة أمامه دليل شرعي أو نص قانوني، وبذلك يكون القانون اليمني قد أخذ بأنواع قواعد الاستصحاب ليَسهل على القاضي استحضارها في ذهنه عند تطبيق القانون، ومن خلال النّصّ على هذه المواد يتبيَّن أن القانون اليمني نهج في ذلك نهج جمهور الفقهاء بالاحتجاج بالاستصحاب، وأن أنواع الاستصحاب مشار إليها في القانون اليمني من خلال تلك القواعد، فقاعدة: "**الأصل بقاء ما كان على ما كان**" مبنية على استصحاب الحال، وقاعدة:"**الأصل العدم**" مبنية على استصحاب العدم الأصلي، وقاعدة:"**الأصل براءة الذمة**" مبنية على استصحاب البراءة الأصلية، وقاعدة: "**الأصل في الأشياء الإباحة**" مبنية على استصحاب حكم الإباحة للأشياء إذا لم يرد دليل بشأنها، وهذا يعني احتجاج القانون اليمني بالاستصحاب.

هذه هي أهم قواعد الاستصحاب الضابطة لأنواعه، وهناك نوع آخر من الاستصحاب، هو: استصحاب ما دل العقل أو الشرع على ثبوته ودوامه حتى يقوم الدليل على خلافه[1]؛ وذلك كالأحكام التي ربطها الشارع بأسباب بناها عليها، فمتى وقع العلم بتحقق السبب ترتب عليه الحكم واستمر حتى يقوم دليل على انتفائه؛ وذلك كالملكية، فمن ثبتت ملكيته لعقار أو منقول فإن هذه الملكية تبقى ثابتة إلاَّ إذا قام الدليل على زوالها ببيع أو هبة أو وقف مثلاً، ومثال هذا النوع أيضًا: شغل الذمة لسبب من الأسباب، كشغلها بدين عند وجود سببه من التزام بمال، أو بسبب صدور إتلاف، فإن شغل الذمة يبقى قائمًا ثابتًا حتى يوجد المغير الذي يدل على تفريغ الذمة

---

(١) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/ ٢٥٠.

بأداء أو إبراء[1]، فهذه أحكام شرعية دل الدليل الشرعي على ثبوتها، فيستمر هذا الثبوت إلى أن يقوم دليل على انتفائها؛ وحكم هذا النوع من الاستصحاب أنه حجة بشرط عدم المغيِّر[2]، ولا خلاف في وجوب العمل به إلى أن يثبت معارض[3]، ويبدو أن هذا النوع راجع إلى النوع الأول وهو استصحاب الحال؛ لأن هذا الاستصحاب يعني إبقاء ما كان على ما كان حتى يقوم دليل على تغيُّره، لأنه استصحاب حكم شرعي دل الشرع على ثبوته ودوامه[4].

(١) المستصفى، للغزالي، ١/ ١٩٨؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٢٥٠. وانظر -أيضًا-: [الوجيز في أصول الفقه، د. عبد الكريم زيدان ٢٦٥].

(٢) المستصفى، للغزالي، ١/ ١٩٨.

(٣) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/ ٢٥٠؛ كشف الأسرار، للنسفي، ٢/ ٢٦٩. وهذا الاستصحاب صححه السرخسي. انظر: [أصول السرخسي، ٢/ ٢١١].

(٤) المستصفى، للغزالي، ١/ ١٩٨.

أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني

من الأمثلة التطبيقية للاستصحاب والقواعد ذوات الصلة به في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني ما يلي: -

أولاً: التطبيق في عقد النكاح

نصت المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة اليمني وتعديلاته – على أن "الزواج هو ارتباط بين زوجين بعقد شرعي تحل به المرأة للرجل شرعًا...".

وبتطبيق هذا النَّصّ – الذي عَرَّفَ الزواج بأنه ارتباط بين زوجين بعقد شرعي تحل به المرأة للرجل شرعًا – على قواعد الاستصحاب، يمكن القول: إن القانون اليمني جعل الإبقاء على حكم التحريم في الفروج وعدم حلها بغير عقد صحيح هو الأصل المستصحب، وهذا الأصل في حرمة الفروج بدون عقد شرعي هو ما يعبِّر عنه العلماء بقولهم: "**الأصل في الأبضاع التحريم**"[١]، و "**الأصل في النكاح الحظر**"[٢]، أي: أن الأصل المستصحب في الأبضاع (التي هي الفروج)[٣] هو

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٧٤؛ الوصول إلى قواعد الأصول، للغزي، ٣٢١؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٨٧/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٣٣/١؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢٦٠/١. وقال ابن القيم: "أصل الأبضاع على التحريم، وإنما أُبيحت الزوجة بظاهر الحال، مع كونها أجنبية".

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٧٦.

(٣) تحرير التنبيه، للنووي، ٢٨١.

الحرمة، ولا تحل إلا بعقد صحيح؛ إذ ليس كل امرأة يصح العقد عليها، فكثير من النساء يحتمل أن تكون لهن بمن يريد أن يتزوجهن صلة قرابة – كالنسب – وهذه الصلة قد تخفى على الزوج، فكان تحريم الفروج هو الأصل حتى يقع يقين الجواز والحل؛ احتياطا من الوقوع في نكاح محرم، و"**الأولى الاحتياط في الفروج**"[١].

ويلاحظ أن هذا الأصل في استصحاب حرمة الأبضاع وعدم حلها إلاّ بعقد شرعي يستند إلى مقاصد الشريعة التي راعت في النكاح خلوّ المرأة من نكاح الغير، ومما يؤيد اعتبار الأصل في الأبضاع التحريم: قاعدة "**الأصل عدم النكاح**"[٢]، أي أن النكاح عقد طارئ؛ لذا كان الأصل عدمه، فمن ادعاه فعليه البيّنة[٣].

ثانيًا: التطبيق في المهور.

نصت المادة رقم (٥٧) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيّة اليمني: على أنه "إذا اختلف الرجل والمرأة في عقد الزواج، أو فسخه، أو بطلانه، أو تسمية المهر، أو تعيينه، أو قبضه، أو زيادته، أو نقصه، فالبيّنة على المدعي، والقول للمنكر مع يمينه".

وبتطبيق هذا النصّ على قواعد الاستصحاب التي منها: "**الأصل براءة الذمة**"، يمكن القول: إنه إذا اختلف الزوجان في المهر، كأن اختلفا في قدره؛ بأن قال الزوج: هو ألف، وقالت الزوجة: بل ألفين، ولا بينة لأحدهما، فإن الأصل براءة ذمة الزوج من زيادة المهر الذي تدعيه الزوجة، ولذلك يكون القول قوله مع يمينه؛ لأنه منكر للزيادة والمرأة تدعيها ولا بينة لها[٤]، والقاعدة تقول: "**البيّنة على المدعي**

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٧٥، ٧٦.

(٢) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٦٠٢؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١٨٩/١.

(٣) قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، د.يعقوب الباحسين، ٩٦.

(٤) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب الحنبلي، ٣٧٤.

واليمين على من أنكر"[1]، إلا أنه ولأجل عدم إهدار مهر الزوجة، ولأن للعرف مدخلاً في مقدار المهر، فإنه إذا تعذر معرفة مقدار المهر عند اختلاف الزوجين في ذلك ولم يكن بينة لأحدهما، فإن الرجوع إلى تقديره بمهر المثل يعتبر حلاً سليمًا يحفظ حق الزوجين معًا؛ لأن مقدار المهر مشكوك فيه ومهر المثل متيقن مقداره، فيتعين للزوجة مهر المثل ولا يبطل بالشك في مقداره أو الجهل به[2]، ولأن ظاهر الحال مع من يدعي مهر المثل[3].

ثالثًا: التطبيق في الطلاق

نصت المادة رقم (٦٠) من القانون ذاته على أنه: "يقع الطلاق من زوج مختار مكلف، أو من وكيله...".

ويتطبيق هذا النصّ على قواعد الاستصحاب والتي منها "**الأصل بقاء ما كان على ما كان**"، يمكن القول: إن الأصل في الطلاق هو بقاؤه بيد الزوج أو وكيله، فيستصحب هذا الأصل إلى أن يثبت ما يجعل الطلاق بيد غير الزوج أو وكيله – كالقاضي عند ثبوت إضرار الزوج بزوجته – ولذلك قال ابن رشد: "**الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج، أو من يوكله**"[4]، فيبقى هذا الأصل مستصحبًا إلى أن يثبت ما يغيره، فإن ثبت ما يغيره – كثبوت إضرار الزوج بزوجته – فإن الطلاق لا يبقى بيد الزوج أو وكيله، بل يتولى القاضي التطليق[5]؛ لأن "الأصل أن الطلاق بيد الرجلَ إلا أن يقوم الدليل على غير ذلك"[6].

---

(١) المادة رقم (٧٦) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) تأسيس النظر، للدبوسي، ٧.

(٣) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب الحنبلي، ٣٧٤.

(٤) بداية المجتهد، ٧٩/٢.

(٥) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٦) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

رابعًا: التطبيق في الرجعة

نصت المادة رقم (٧٧) من نفس القانون على اختلاف الزوجين في الرجعة بقولها: "إذا اختلف الرجل والمرأة بعد انقضاء المدة على حصول الرجعة فالقول لمنكرها".

وبتطبيق هذا النصّ على قواعد الاستصحاب والتي منها: "**الأصل العدم**"، و: "**الأصل في الأبضاع الحرمة**" يمكن القول: إن القانون اليمني استصحب أصل العدم في الرجعة باعتبارها أمرًا طارئًا، فإذا اختلف الزوجان في أصل الرجعة، فادعى الزوج أنه راجعها، وأنكرت الزوجة دعواه، فإن كان هذا الاختلاف والزوجة لا تزال في العدة فالقول للزوج؛ لأنه يخبر عن أمر يملك إنشاءه في الحال فلا معنى لتكذيبه فيه، وإن كان هذا النزاع بعد انقضاء العدة فالبيّنة على مدعي الرجعة وهو الزوج، فإن لم تكن له بينة فالقول للزوجة[1].

خامسًا: التطبيق في النفقات

نصت المادة رقم (١٤٥) من نفس القانون على أنه: "إذا تمرد الزوج عن الإنفاق على زوجته أو غاب وثبت أنه لا ينفق عليها، قرر لها القاضي نفقة من مال زوجها، وفقًا لما تقدم في المادة (١٤٩)، والقول للزوجة في نفي الإنفاق في الماضي"[2].

وبتطبيق هذا النصّ على قواعد الاستصحاب – والتي منها "**الأصل براءة الذمة**" يمكن القول: إن ذمة الزوج لمّا كانت بريئة في الأصل فإنه لا يمكن شغلها بعدم الإنفاق إلا بعد إثبات ذلك، وبناءً على قاعدة: "**الأصل العدم**" فإن الأصل من حال الإنسان أنه لا يجب عليه شيء لغيره إلا بسبب، ولذلك لا ينفق على غيره إلا بسبب

---

(١) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيّة، د.إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم،١٨٠.

(٢) نص المادة(١٤٩) هو "النفقة: هي المؤن اللازمة في مال الشخص لغيره، لسبب، أو نسب، وتشمل: الغذاء، والكسوة، والسكن، والمعالجة، والإخدام، ونحو ذلك".

-كالزوجية او القرابة مثلاً- اما إذا لم يكن هناك سبب فإن الاصل عدم الإنفاق[1]، وعملاً بهذا الأصل: فإن القاضي إذا فرض نفقة للزوجة على زوجها ثم ادعت عدم وصول النفقة إليها وادعى الزوج وصولها إليها وأنكرت ذلك، ولم يُثبت أي منهما ما يدعيه، فإن القول لمنكر الإنفاق، ومنكر الإنفاق هي الزوجة، لذلك كان القول قولها في عدم وصول النفقة إليها؛ لأن الأصل عدم الإنفاق[2].

كما أن الزوجين إذا تعاشرا مدة طويلة من الزمن، ثم ادعت الزوجة بعد طول العشرة عدم إنفاق زوجها عليها وعدم كسوتها طوال هذه المدة، أو ادعت أنها أنفقت على نفسها وكست نفسها، وأنكر الزوج كل ذلك مدعيًا الإنفاق عليها وكسوتها طوال تلك المدة، فإن القول قولها عند بعض العلماء؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، والأصل بقاء الكسوة والنفقة في ذمة الزوج وعدم أدائهما[3].

ولكن عملاً بقاعدة: "**الأصل براءة الذمة**" ذهب بعض العلماء[4] إلى أن القول قول الزوج؛ لأن الأصل براءة ذمته من الكسوة والنفقة لزوجته طوال مدة المعاشرة، وهذا هو الذي يميل إليه الباحث؛ لأن العادة تبعد أن يتعاشر الزوجان مدة طويلة ثم تدعي المرأة عدم الإنفاق، إلا إذا عُلم من حال الزوج الفقر أو العجز عن الإنفاق لمرض أو غيره فإن القول قول الزوجة، ولهذا فإن اعتبار قول الزوجة في عدم الإنفاق إنما يكون عند وجود ما يؤيده من الأسباب، أما الاعتماد على الاستصحاب بإبقاء ما كان على ما كان في قول الزوجة في عدم الإنفاق بعد المعاشرة الزوجية مدة طويلة فإنه لا يعمل به على إطلاقه، بل يعمل به عند عدم الدليل أو الأمارات، ومن الأمارات التي ترجح عدم الاعتماد على قول الزوجة في ذلك: أن الشأن في النفقات والكسوات عدم احتمال التأجيل؛ نظرًا لحاجة المُنْفَق عليه،

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٦٩.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٦٣؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١١٨؛ القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب الحنبلي، ١٨، ٣٦٩.

(٤) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب الحنبلي، ٣٦٩.

ولأنه من غير المعقول أن يتعاشر الزوجان مدة طويلة ولم تدع المرأة عدم الإنفاق طوال هذه المدة إلاَّ إذا تسامحت في ذلك، فالعادة تستبعد عدم الإنفاق مع المعاشرة، وهذا ما أشار إليه الزركشي بقوله: "لو ادعت الزوجة مع طول بقائها مع الزوج أنه لم يوصلها النفقة والكسوة الواجبة فهي المصدقة، لأن الأصل معها، مع أن العادة تبعد ذلك جدًا"(١)، ولذلك فإن تحكيم العادة هنا يعتبر مرجحًا لقول أحد الزوجين.

ونظرًا لما قد تثيره دعاوى النفقات مع طول العشرة من منازعات فإن القانون اليمني لم يجعل الحكم بالنفقة مطلقًا دون قيود، بل جعل ذلك مقيدًا بمدة زمنية محدودة، حيث نصَّت المادة رقم (١٥٦) من نفس القانون على أنه: "لا يُحكم للزوجة بأكثر من نفقة سنة سابقة على المطالبة القضائية ما لم يتفق الزوجان على ذلك"، وفي هذا إشارة إلى أن النفقات لا تحتمل التأخير؛ ولأن الشأن فيما يثبت في الذمة أن يكون محددًا، فلا تثبت النفقة للزوجة في ذمة الزوج قبل الحكم بها أو التراضي عليها(٢).

سادسًا: التطبيق في الوصية

نصت المادة رقم (٢٣٩) من نفس القانون على أنه: "تصح الوصية للحمل، ولا تنفذ إلا إذا انفصل حيًّا لدون ستة أشهر من حين الوصية، إلاَّ إذا عُلِمَ وجوده بقرائن ظاهرة أو بقول طبيب مختص"

وتطبيقًا لقاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" المتعلِّقة بالاستصحاب، يمكن القول: إن الوصية للحمل في بطن أمه لا تُستَحَق له بعد الولادة إلاَّ إذا ثبت يقينًا وجود الحمل حال الوصية، وإلاَّ لم يعط شيئًا؛ لأن الشك لا يزيل اليقين، والأمر المشكوك فيه هو الحمل فيستصحب عدم الحمل إلى أن يثبت ما يخالفه(٣)، وتفسير ذلك: أنه إذا أوصى شخص لجنين أو ملَّكَه شيئًا فإنه يشترط اقتران الوصية والتمليك للجنين بوجود الحمل، كما أنَّ الشخص إذا أَقَرَّ لحمل فلا بد من تقدم الحمل وتيقن وجوده،

---

(١) المنثور في القواعد، ١/١٩١.

(٢) الوجيز في أصول الفقه، د.عبد الكريم زيدان، ٣٣.

(٣) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٦٠٤.

فإنْ حصل الشك في ذلك لم يلزم الإقرار؛ لأن الشك في الشرط – الذي هو تقدم الحمل – مانع من ترتب المشروط[1].

سابعًا: التطبيق في المواريث

من أمثلة تطبيق قواعد الاستصحاب في الميراث: مسألة وقت استحقاقه، وقد نصَّت المادة رقم (٣٠٠) من نفس القانون على أنه: "لا استحقاق لأحد في تركه المورث إلا بعد تحقق وفاته أو صدور حكم من القضاء باعتباره ميتًا، مع مراعاة حياة الوارث عند الوفاة حقيقة أو حكمًا".

وبتطبيق هذا النَّصِّ على قاعدة استصحاب الحال التي يعبَّر عنها: بأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، يمكن القول: إن الإنسان لا يكون موروثا حتى يموت، فإذا مات كان موروثًا[2]، كما يمكن القول: إنَّه لَمَّا كانت قاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**" يعبَّر بها أيضًا عن الاستصحاب، فإنَّ الميراث لا يُستَحَق إلاَّ بيقين من موت المورث، لأن الشك قائم في سبب الإرث في حال عدم اليقين من موت المورث وحياة الوارث، فإذا لم يتيقن من موت المورث وقام الشك في موته أو حياته فإن ماله لا يورث إلاَّ بيقين وفاته، كما أن الوارث لا يرث من مورثه إلاَّ إذا كان الوارث حيًّا، فإذا وقع الشك في حياته فإنه لا يرث؛ ولذلك فإنه إذا سافر رجل إلى بلاد بعيدة فانقطعت أخباره مدة طويلة فإن هذا الانقطاع يحدث شكًا في حياته، إلاَّ أن ذلك الشك لا يزيل اليقين، واليقين هو حياته؛ ولذلك لا يحكم بموته، وليس لورثته اقتسام تركته ما لم يثبت موته يقينًا، وبالعكس إذا سافر شخص بسفينة وثبت غرقها فإنه يُحكم بموته؛ لأن موته ظن غالب، والظن الغالب بمنزلة اليقين[3]، واليقين في الحياة والموت لا يبطل بالشك فيهما[4]، وسيأتي مزيد من الإيضاح في التطبيق التالي.

---

(١) قواعد الونشريسي، ٧٥.

(٢) الأم، للشافعي، ٤/٤.

(٣) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٢٠.

(٤) النُبَذ في أصول الفقه الظاهري، لابن حزم،٣٥.

ثامناً: التطبيق في ميراث المفقود

المفقود استنادا إلى الفقرة الثانية من المادة رقم (١١٣) من نفس القانون: "هو الغائب الذي لا تعرف حياته ولا وفاته"، وانتهاء الفقدان حددته المادة رقم (١١٦) من نفس القانون بقولها: "ينتهي الفقدان في الحالات الآتية: (أ) عودة المفقود حيًا (ب) ثبوت وفاته (ج) الحكم باعتباره ميتاً"، والحكم بموت المفقود نصَّت عليه المادة رقم (١١٧) من نفس القانون بقولها: "للقاضي أن يحكم بموت المفقود في الحالات التالية: (أ) إذا قام دليل على وفاته (ب) إذا مرت فترة كافية على إعلان فقده في ظروف لا يغلب فيها الهلاك على أن لا تقل المدة عن أربع سنوات (ج) إذا فقد في ظروف يغلب فيها هلاكه ومضت سنتان على إعلان فقده"، كما نصَّت المادة رقم (١١٩) من نفس القانون على أنه: "يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخاً لوفاته".

وبالنسبة لأموال المفقود فقد نصَّت الفقرة (أ) من المادة رقم (١٢٠) من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة – على أنه: "إذا حكم باعتبار المفقود ميتاً ثم ظهر حيًا فإنه (أ) يستحق جميع ماله".

وميراث المفقود فصلته المادة رقم (٣٣١) من نفس القانون بقولها: "نصيب المفقود يخرج من التركة، ويوقف، فإن ظهر حيًا حقيقة أو بحكم المحكمة وقت موت المورث أخذه وإلاَّ وُزِّعَ الموقوف على من يستحقه من الورثة معاشاً حتى يتبين أمره أو يصدر حكم بمضي العمر المقرر مدته بسبعين سنة من تاريخ ولادته فيصير لمن يرثه عقب الحكم".

دلالة النُصوص القانونية على أحوال المفقود في الإرث منه وإرثه من غيره في القانون اليمني.

إن معرفة أحوال المفقود في الإرث منه وفي إرث غيره منه في القانون اليمني له أهميته في معرفة مظاهر تطبيق الاستصحاب، ولكن أحوال المفقود تتضح من خلال النُصوص القانونية المذكورة، وهذه الأحوال هي: –

الحالة الأولى: حالة المفقود قبل أن يصدر القاضي حُكمًا بموته.

الحالة الثانية: حالة المفقود عند حكم القاضي بموته.

الحالة الثالثة: حالة المفقود عند ظهوره حيًا بعد أن يحكم القاضي بموته.

ولكل من هذه الحالات الثلاث أحكام تتعلق بميراث المفقود من غيره، وإرث غيره منه، وذلك على النحو التالي: -

١ - حكم المفقود في إرث غيره منه وإرثه من غيره في الحالة الأولى

المفقود في حالة فقده قبل أن يصدر القاضي حُكمًا بموته - بالنسبة لإرث الغير منه - يظل ماله ملكًا له ولا يقسم على ورثته؛ لأنه يعتبر حيًا طيلة مدة فقده، والإنسان لا يُورَّث وهو حي، وأما بالنسبة لميراثه من الغير، فإن نصيبه يخرج من التركة ويوقف، فإن ظهر المفقود حيًا حقيقة أو بحكم المحكمة وقت موت المؤرث أخذه، وإلا فإن نصيبه الموقوف يوزع على من يستحقه من الورثة وقت وفاة المؤرث، ويكون هذا الاستحقاق بينهم معاشًا.

٢ - حكم المفقود في إرث غيره منه وإرثه من غيره في الحالة الثانية

يصدر القاضي حكمه القاضي باعتبار المفقود ميتًا - وفقًا لما جاء في المادة رقم (١١٧) المذكورة آنفًا من قانون الأحوال الشخصيَّة - بعد مضي أربع سنوات من غيابه إذا كان خروجه في حالة يغلب معها الهلاك، كفقده في حالة الحرب، أما إذا كان خروجه في سياحة مثلاً فلا يصدر القاضي حكمه إلاَّ بعد مضي سبعين سنة من تاريخ ميلاده، فإذا أصدر القاضي حكمه بموت المفقود فإن الأحكام المترتبة على ذلك أن يُوزع مَالُهُ باعتباره تركة على ورثته الموجودين وقت الحكم بموته، وأن يُرَدَّ نصيبُه الذي أوقف له من تركة مورثه إلى مستحقيه.

ويلاحظ أن الحكم بموت المفقود بعد مضي سبعين سنة من تاريخ ميلاده مبني على اختلاف الأعمار باختلاف الأزمان، المهم في ذلك أن لا يُحكَم بموت المفقود إلاَّ إذا مضى له من العمر ما لا يعيش أقرانه؛ ولذلك يُقَدَّر بالأعم الأغلب

الذي تنتهي إليه أعمار أهل زمانه، وهذا من قبيل الرّفق بالناس؛ لأنّ في التفحص عن موت الأقران حرجًا بيّنًا[1].

٣ – حكم المفقود في إرث غيره منه وإرثه من غيره في الحالة الثالثة

هذه الحالة هي فيما إذا حكم القاضي بموت المفقود ثم ظهر أنه حي، فإن الحكم الواجب التطبيق في هذه الحالة في القانون اليمني، هو كما يلي: –

أ – بالنسبة لماله الذي وُزّعَ كتركة على ورثته فإنه يسترده – أو الباقي منه – وليس على ورثته ضمان ما استهلكوه من هذا المال كله أو بعضه، لأن استهلاكهم لكل المال أو بعضه كان بسبب شرعي هو حكم القاضي.

ب – بالنسبة لمَا كان محجوزًا له من تركة قريبه، فإنه يسترد ما بقي بأيدي ورثة قريبه ولا يضمنون ما استهلكوه أو باعوه منها؛ لأن تصرفهم كان بسبب شرعي هو حكم القاضي[2].

مظاهر تطبيق قواعد الاستصحاب على أحكام ميراث المفقود

١ – تطبيق قاعدة استصحاب الحال في المفقود قبل أن يتبين حاله وقبل أن يصدر القاضي حكمًا بموته

لمّا كانت قاعدة الاستصحاب يعبّر عنها بأن الأصل بقاء ما كانَ على ما كان فإنّ المفقود قبل أن يتبين حاله وقبل أن يصدر القاضي حكمًا بموته يُعتبرَ حيًا في حقّ ماله ميتًا في حق غيره، وعلى هذا لا يورث ماله؛ لأن الإنسان لا يورث وهو حيٌّ، وكذلك لا يرث من قريبه إذا مات؛ لأن الشرط في الوارث أن يكون حيًا وقت موت مورثه، وحياة المفقود غير منتفية وقت وفاة قريبه، ولكن يوقف له حصة من الميراث باعتباره حيًا على وجه الاحتياط لا على وجه الاستحقاق[3]، وإنما لا يورث ماله ولا يرث مال قريبه؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، فيبقى مال المفقود

---

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود، ٣/ ٣٨.

(٢) نظرات في الشريعة الإسلامية، د.عبد الكريم زيدان، ٣٦١-٣٦٥.

(٣) السابق، ٣٨٥-٣٨٦.

على ما كان عليه قبل فقده.

٢ – **تطبيق قاعدة استصحاب الحال في المفقود إذا تبين حاله**

إذا ظهر المفقود حيًا فإنه يأخذ الموقوف له من الميراث، وإن ظهر ميتًا أو حكم القاضي بموته فإنه يُرد الموقوف له من المال إلى ورثته[١]، وإنما يأخذ المفقود الموقوف له من الميراث إذا ظهر حيًا؛ لأنه قد تُيُقِّنَ من حياته، و"**اليقين لا يزول بالشك**"، كما يرد الموقوف له من المال إلى ورثته إن ظهر ميتًا أو حكم بموته؛ لأن اليقين في هذه الحالة هو موته حقيقة أو حكمًا، و"**اليقين لا يزول بالشك**"، ولأن الشخصيّة القانونية للإنسان تنتهي "بموته؛ لأن مناطها الحياة، وقد فاتت بالموت فتنعدم الشخصيّة، ولكن قد تنتهي الشخصيّة القانونية بالموت الحكمي، وهذا بالنسبة للمفقود"[٢].

٣ – **تطبيق قاعدة استصحاب الحال في انتهاء الفقدان.**

بالعودة إلى المادة رقم (١١٦) المذكورة آنفًا من نفس القانون التي ذكرت حالات انتهاء الفقدان: بأنها عودة المفقود حيًا، أو ثبوت وفاته، أو الحكم باعتبار ميتًا، وبتطبيق هذه المادة على قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**"، يمكن القول: إنه إذا ثبت للمحكمة فقدان الشخص فإن هذا الثابت لا يزول بالشك فيه، بل لا يزول إلا بأمر ثابت يقيني مثله، ولهذا فإن الفقدان إذا ثبت لا ينتهي إلا بأمر يقيني؛ كعودة المفقود حيًا، أو ثبوت وفاته حقيقة، أو حُكمًا.

هذا وقد استصحب الفقهاء بقاء حياة المفقود في الميراث ما لم يتبين حاله؛ للشك في حياته وموته، فالمفقود هو "الذي تجهل حياته أو موته"[٣] وليس له صفة واحدة، بل تختلف صفته باختلاف سبب الفقد، فقد يكون مفقودًا في حرب أو في غير

---

(١) نظرات في الشريعة الإسلامية، د.عبد الكريم زيدان ، ٣٨٦.

(٢) السابق، الصفحة نفسها.

(٣) بداية المجتهد، لابن رشد، ٤٢/٢.

حرب[1]، وقد يكون مفقودًا في البر أو البحر أو البراري أو غير ذلك، وهذه الأمور أورثت الشك في حياة المفقود من عدمها وفي معرفة مكانه من عدمه.

ولَمَّا كانت حياة المفقود من عدمها أمرًا مشكوكًا فيه فإن العلماء نظروا إلى المفقود نظرة تثبت، واجتهدوا في سبيل الوصول إلى أحكامه من خلال استصحاب الحال المتقدمة قبل فقده، وهي الحياة؛ ولذلك فإن التثبُّت من حاله مستند إلى الاستصحاب، وهذا واضح من كلام الشافعي ﷺ تعالى الذي يعتبر المفقود حيًا لا يورث ماله ولا يرث من غيره، لأن الأصل حياته، فيستصحب الأصل حتى يظهر خلافه، وإليك كلامه بنصه حيث يقول: "وكان معقولاً عن الله عز وجل ثم عن رسول الله ﷺ ثم في لسان العرب وقول عوام أهل العلم ببلدنا أن امرأً لا يكونُ موروثًا أبدا حتى يموت، فإذا مات كان موروثًا، وأن الأحياء خلاف الموتى، فمن ورَّث حيًا دخل عليه – والله تعالى أعلم – خلاف حكم الله عز وجل وحكم رسوله ﷺ؛ فقلنا والناس معنا بهذا لم يختلف في جملته، وقلنا به في المفقود، وقلنا: لا يقسم ماله حتى يعلم يقين وفاته"[2]، فهذا الكلام يقتضي أن استصحاب الحال المتقدمة في المفقود وهي حالة الحياة يترتب عليها أن المفقود يرث من غيره ولا يورث ماله؛ اعتبارًا بحياته، ولا يقسم ماله حتى تعلم وفاته؛ لأن الأصل بقاء الحياة، ولا تزول الحياة بالشك فيها، بل لا يقسم ماله حتى تمضي مدة يتيقن فيها أنه لا يعيش أمثاله فيها في الغالب، أو تمضي مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقها، فإذا مضت اجتهد القاضي في الحكم بموته، وبهذا يعلم موت المفقود ويعطى ماله لورثته ليقسم بينهم[3].

وعدم تقسيم مال المفقود قبل العلم بوفاته يرجع إلى جهل حياته أو موته أو مكانه بعد الكشف عن ذلك[4]، وهو راجع أيضًا إلى أن ماله لا يورث حتى يأتي عليه

---

(١) بداية المجتهد، لابن رشد ، ٢/٤٣.

(٢) الأم، ٤/٤-٥.

(٣) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٥٠، ٢٤٢.

(٤) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٤٢.

من الزمان ما يعلم أنه لا يعيش إلى مثله غالبا، وهو سبعون سنة، أو ثمانون، أو تسعون، أو مائة، أو مائة وعشرون سنة[1]، فيمن غاب وهو دون هذه المدد التي تسمى: "مدة التعمير"[2]، التي يعيش فيها أقران المفقود، فهذه المدة غاية ما تنتهي إليه الأعمار في الأعم الأغلب، فإن مضى له من العمر ما لا يعيش أقرانه حُكم بموته؛ لاختلاف الأعمار باختلاف الأزمان، ولأن في التفحص عن موت الأقران حرجًا بينًا[3]، أي أن المفقود يوقف ماله حتى تظهر حياته، أو يُحْكَم بموته بعد مضي فترة التعمير، فإذا مضت ولم يعلم حاله وحكم بموته قسمت أمواله بين الموجودين من ورثته[4].

وأما بالنسبة إلى توريثه من الآخرين: فإنه يوقف نصيبه من الميراث حتى تظهر حياته أو تمضي مدة التعمير المذكورة، فإن مضت ولم يعلم حاله حكم بموته، وَرُدَّ الموقوف من تركة غيره على ورثة ذلك الغير، وقسم بينهم كأن المفقود لم يكن، لأنا تَيَقَّنَّا بكونهم وارثين وشككنا في المفقود، فكان توريثهم أولى؛ لأن الشك لا يعارض اليقين[5].

(١) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ٣/٣٨، ٥/١١٤؛ بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٤٢.

(٢) أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء، د.مصطفى الخن،٥٤٩.

(٣) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٣/٣٨.

(٤) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي ،.٣/٣٨، ٥/١١٤.

(٥) السابق، ٥/١١٤.

المبحث الخامس

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني

قواعد الاستصحاب من القواعد التي يتفرع عليها كثير من المسائل؛ لعلاقتها بقاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" التي تدخل في جميع أبواب الفقه، ومن خلال هذا واستنتاجا من التطبيقات السابقة لقواعد الاستصحاب في قانون الأحوال الشخصيَّة فإن لتلك القواعد أوجهًا للإفادة، يمكن تلخيصها فيما يلي: -

أولًا: أن هذه القواعد تفيد في أخذ القاضي باليقين في عقود النكاح.

تعتبر عقود النكاح من أهم العقود في الأحوال الشخصيَّة؛ لارتباطها بالفروج والأنساب وتكوين الأسر، فهذه العقود تحتاج إلى الاحتياط قبل التسرع في فسخها، ولذلك فإن القاضي بإعماله بعض القواعد المبنية على الاستصحاب، والتي منها: "**الأصل في الأبضاع التحريم**"(١)، و"**الأصل عدم النكاح**"(٢)، يتمكن من استصحاب هذه الأصول عند عدم البيِّنة لمن يدعي النكاح، فإذا اختلف الزوجان في عقد النكاح فادعى أحدهما وجوده وادعى الآخر العكس - ولم يكن ثمة بينة لأحدهما - فإن القول لمنكره مع يمينه؛ استئناسًا بهذه الأصول؛ ولأن النكاح عقد طارئ، لذا كان الأصل عدمه، ولأن الأصل في الأبضاع التحريم فلا تستباح بالشك، ولمَا في ذلك من الاحتياط من الوقوع في نكاح محرم، والفروج الأولى فيها الاحتياط.

ثانيًا: أن هذه القواعد تفيد في إقرار القاضي للحقوق الزوجية، وعدم التسرع في إهدارها عند الترافع بشأنها

وتوضيح ذلك: أن القاضي بتطبيقه لبعض قواعد الاستصحاب - والتي

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٧٤؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٣٣.

(٢) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٦٠٢؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١/١٨٩.

منها: قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**"، و"**الأصل العدم**"، و"**الأصل براءة الذمة**" - يتمكن من رفع النزاع في الوقائع المنظورة أمامه المتعلّقة ببعض الحقوق؛ مثل قضايا المهور، فإذا اختلف الزوجان في مقدار المهر وادعى الزوج أنه ألف دينار مثلاً، وادعت الزوجة أنه أكثر من ذلك، ولا بينة لأحدهما، فإن القاضي يستصحب اليقين في هذه القضية، واليقين هو مهر المثل[١]، كما يَستصحب عدم الزيادة على مهر المثل، ويَستصحب براءة ذمة الزوج من الزيادة على مهر المثل[٢]؛ لأن الظاهر من العادات الجارية في الغالب أن المهر هو مهر المثل[٣]، فالقاضي باستصحاب هذه الأصول يكون قد حفظ حق الزوجة في المهر، حيث يقضي لها بمهر المثل ولا يبطل المهر كلية؛ لأن المهر لا يبطل بالشك في مقداره[٤]، وهكذا فإن القاضي يفيد من قواعد الاستصحاب في حسم النزاعات المتعلّقة بدعاوى الزيادات والنقصان في المهور.

ثالثًا: أن هذه القواعد تفيد في إبقاء الطلاق بيد الزوج إلى أن يثبت ما يجعله بيد القاضي

وتوضيح ذلك: أن الطلاق بحكم الأصل هو بيد الزوج، وهذا الأصل أشار إليه ابن رشد بقوله: "**الأصل أن الطلاق ليس بيد أحد سوى الزوج أو من يوكله**"[٥]، وهذا الأصل يبقى مستصحبًا إلى أن يثبت خلاف ذلك، ولذلك فإن القاضي لا يقوم بالتطليق عن الزوج إلا إذا أثبتت الزوجة إضرار الزوج بها، وهذا ما عبر عنه ابن رشد أيضًا بقوله: "السلطان يطلق بالضرر... إذا ثبت"[٦].

---

(١) تأسيس النظر، للدبوسي، ٧.

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٣٧٤.

(٣) السابق، نفس الصفحة.

(٤) تأسيس النظر، للدبوسي، ٧.

(٥) بداية المجتهد، ٢/٧٩.

(٦) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

رابعًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في عدم التسرع في فسخ العقود، وإبقائها على حالها، إلى أن يثبت ما يقتضي فسخها

وتوضيح ذلك: أن من القواعد المتعلِّقة بالاستصحاب: أن "**الأصل بقاء ما كان على ما كان**"، وهذا الأصل يقتضي أنَّ الظاهر من العقود الجارية بين المسلمين الصحة[1] وجريانها بمقتضى الشرع[2]، وباستصحاب القاضي لحكم الصحة في العقود فإنه يُبْقِي على هذا الحكم إلى أن يثبت ما يخالفه؛ لأن أساس وجود العقود هو حاجة الناس إليها في معاملاتهم ومصالحهم، ولذلك فإنها إذا جرت وفق الشرع فإنَّ الظاهر صحتها، وعند اختلاف المتعاقدين في الصحة والبطلان مع عدم وجود بينة لأحدهما فإن القاضي يقضي لمن يدعي الصحة؛ لأن الظاهر يشهد له بذلك[3]، وقد نص القانون اليمني على استصحاب الصحة في العقود، حيث نصَّت المادة رقم(١٣) من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م بشأن القانون المدني، بقولها: "الأصل في العقود والشروط الصحة حتى يثبت ما يقتضي بطلانها..."، وهذا نص صريح في استصحاب العقود، وهذا ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية للقانون المدني التي علقت على هذا النصّ بقولها: "لمَّا كان الأصل هو الإباحة، فإن الأصل في العقود والشروط الصحة والوفاء بها، فلا يُحَرَّم عقد أو شرط إلا بدليل شرعي"[4].

وتجدر الإشارة إلى أن استصحاب الصحة في العقود يوافق مقاصد الشريعة من التيسير ورفع الحرج؛ لأنه لو كان الأصل في العقود عدم الصحة لتعطلت مصالح الناس ولوقعوا في الضيق والحرج، ولهذا فإن استصحاب الصّحة في العقود هو نوع من التيسير والتخفيف على الأمة، نظرًا إلى حاجتهم إلى العقود، وهذا

---

(١) المنثور في القواعد، للزركشي، ١/١٨٨.

(٢) قال السيوطي: "الظاهر جريان العقود بين المسلمين على قانون الشرع". [الأشباه والنظائر، ١٤٢/٢].

(٣) المنثور في القواعد، للزركشي، ١/١٨٨.

(٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٥.

ما أشار إليه ابن تيمية بقوله: "**الأصل في هذا أنه لا يحرم على الناس من المعاملات التي يحتاجون إليها إلا ما دل الكتاب والسنة على تحريمه**"(١).

وبتطبيق القاضي لاستصحاب الصحة في العقود في مجال الأحوال الشخصيَّة يتمكن من عدم التسرع في فسخ عقود النكاح إذا ما رفع إليه نزاع في ذلك؛ كما إذا ادعت الزوجة طلاقها من زوجها وأنكره الزوج ولم تأتِ الزوجة ببينة لدعواها، فإن القاضي يقضي بقول الزوج استصحابا لأصل بقاء النكاح(٢) حتى يثبت ما يزيله؛ لأن النكاح أمر متيقن لا يزول بالشك فيه(٣)، ولأن الأصل في عقد النكاح الاستمرارية والبقاء حفظًا للمودة وتكوينًا للأسر المتآلفة؛ لأن الطلاق ليس إلا مخرجًا يلجأ إليه الزوج عند الحاجة وعند تكدر الحياة الزوجية.

وقد جعل قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني استصحاب النكاح أصلاً يَرجع إليه القاضي لحل النزاع المنظور أمامه بين الزوجين عند عدم قيام بينة تشهد لأحدهما فيما يدعيه، وهذا ما نصَّت عليه المادة رقم(٧٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة بقولها: "إذا اتفق الزوجان على وقوع الطلاق واختلفا على كونه رجعيًّا أم بائنًا فالقول لمنكر البائن، إلا أن يكون الزوج مقرًّا بأنه طلقها ثلاثًا فالقول قوله، وإذا اختلف الزوجان على وقوع الطلاق في وقت مضى فالقول لمنكر وقوعه"، فالقضاء لمن ينكر وقوع الطلاق بائنًا أو لمن ينكر وقوعه أصلاً عند عدم البيِّنة هو تطبيق لاستصحاب بقاء النكاح؛ لأن الطلاق لا يقع بالشك فكان الأصل عدمه(٤)؛ فالأمر المتيقن منه هو بقاء النكاح، والأمر المشكوك فيه

---

(١) السياسة الشرعيَّة، ١٦٨. وقال أمير بادشاه: "الأصل في العقود الشرعيَّة الصحة، واللزوم، ما لم يوجد معارض". انظر: [تيسير التحرير، ٢/ ٢٩٦].

(٢) المنثور في القواعد، للزركشي، ١٩٨/١.

(٣) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٢٦١/١.

(٤) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، وشرحه: تيسير التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر، ١١٩/٢؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١٨٥/١، ١٩١، ٢٤١/٢؛ الأشباه والنظائر للسيوطي، ١٣٧/١؛ النبذ في أصول الفقه الظاهري، لابن حزم، ٣٥.

هو الطلاق، فيَستَصحب القاضي الحالة المتقدمة وهي النكاح وعدم وقوع الطلاق حتى يثبت ما يزيل النكاح وهو تحقق وقوع الطلاق[1]، ولذلك فإنه يمكن القول: إن استصحاب بقاء النكاح والقضاء بقول الزوج في النزاعات المتعلِّقة بالطلاق عند عدم وجود البيِّنة أمر قائم على أساس مراعاة الشريعة لحال الزوج، فهو أعلم بالطلاق من غيره وأدرى به، ولذلك قال ابن قيّم الجوزية: "من تمام حكمة هذه الشريعة وجلالتها أن الزوج لَمَّا كان أعلم بنفسه هل طلق أم لا، وكان أحفظ لِمَا وقع منه وأعقل له وأعلم بنيته – وقد يكون قد تَكَلَّمَ بلفظ مجمل يظنه الشاهد طلاقًا وليس بطلاق، والشاهد يشهد بما سمع، والزوج أعلم بقصده ومراده – جعل الشارع يمين الزوج معارضة لشهادة الشاهد الواحد، ويقوي جانبه الأصل واستصحاب النكاح"[2].

خامسًا: أن هذه القواعد تفيد في أخذ القاضي بالاحتياط والستر في المسائل التي يستشعر القاضي فيها الحرج للخصوم

وتوضيح ذلك: أن المنازعات لَمَّا كانت لا تنحصر في مجال معين، حيث قد يكون من المنازعات في مجال الأحوال الشخصيَّة ما يدعو إلى السرية فيها، كدعوى الزوج عدم بكارة زوجته البكر، وكدعوى الزوجة عدم قدرة الزوج على الجماع، فإن القاضي يفيد من قواعد الاستصحاب في حل مثل هذه المنازعات بما لا يضر بسمعة الزوجين أو بأحدهما، ومثال ذلك: أن الزوج إذا ادعى بطلان عقد الزواج لأن زوجته ليست بكرًا وكان قد تزوجها على أنها بكر، فإن للقاضي – انطلاقًا من قواعد الاستصحاب والتي منها **"الأصل البكارة"**[3] – أن لا يقضي ببطلان العقد؛ لأن الأصل في المرأة البكارة، فالله تعالى خلقها كذلك، فالبكارة صفة أصلية الأصل فيها الوجود ولا تزول هذه الصفة إلا بسبب طارئ كالوطء، ولأن وجود

---

(١) القواعد، للونشريسي، ١٧٥؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٤٦؛ القواعد، للحصني، ١/٢٧٠-٢٧١؛ القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ١٢٥؛ النُبَذ في أصول الفقه الظاهري، لابن حزم، ٣٥.

(٢) إعلام الموقعين، ١/٨٠.

(٣) المنثور في القواعد، للزركشي، ١/١٩١.

العذرة دليل على عدم الوطء، وحيث إنَّ البكارة هي الصفة الأصلية والأصل فيها الوجود فإن الثيوبة وصف طارئ في المرأة الأصل فيه العدم[1]؛ ولهذا فإن عقد الزواج إذا تم على أساس أن المرأة بكرٌ ووليها معتقدٌ هذا الأمر ثم وجدها الزوج ثيبًا وشهد أربع نسوة بذلك، فإن العقد لا يبطل لجواز إزالة البكارة بإصبع أو ظفر، ولأن الأصل في المرأة البكارة[2]، فعلى القاضي أن يستصحب هذا الأصل إذا ادعى الزوج ثيوبة زوجته ولم يثبت ذلك ببينة.

سادسًا: أن هذه القواعد تفيد في إقرار القاضي لتصرفات الأولياء لمن هم تحت ولايتهم من الصغار والمجانين على أساس المصلحة.

وتوضيح ذلك: أن للقاضي أن يستصحب مصلحة الصغار والمجانين في أي تصرف من قبل الأولياء؛ ولذلك فإن الولي إذا أنفق على اليتيم من يوم موت أبيه ولم ينكر اليتيم ذلك ولكن نازع وليه في تاريخ موت أبيه؛ كأن يقول اليتيم: إن أبي مات منذ سنة مثلاً ولم ينفق عليَّ الولي إلاَّ سنة واحدة، ويقول الولي: بل مات أبو هذا اليتيم منذ سنتين وأنا أستحق ما أنفقته عليه منذ سنتين، ولم يكن لأحدهما بينة تثبت ما يدعيه، فإن القاضي يستند إلى الاستصحاب في فصل النزاع، وله أن يستصحب أصل إضافة كل حادث إلى أقرب أوقاته وتقديره بأقرب الأزمان، فيقضي بقول اليتيم في مدة الإنفاق عملاً بهذا الأصل، فيُقَدّرُ أن موت الأب كان قبل سنة، وأن الولي أنفق على اليتيم منذ سنة فقط[3]، فاستصحاب قاعدة الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن في هذا المثال هو تطبيق سليم لهذه القاعدة؛ لأن اليتيم ووليه متنازعان، ولا بينة تشهد لأحدهما، ولأنه لو كان القول قول الولي وحُكم على اليتيم بدفع نفقات سنوات يدعيها الولي دون دليلٌ لادعى بعض الأولياء – لا سيما ضعاف

---

(١) قاعدة "اليقين لا يزول بالشك"، د.يعقوب الباحسين، ٩٤.

(٢) المنثور في القواعد، للزركشي، ١/١٩١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي ١/١١٨.

(٣) التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، للإسنوي، ٦٠٣.

النفوس – على الأيتام بسنوات عديدة في الإنفاق، ولو حكم لهم بما يدعون لأدى ذلك إلى الإضرار بالأيتام، وهذا يتعارض مع المقصود من الولاية على الأيتام بحفظ أموالهم ومصالحهم، ولهذا يقال: "**الأصل فيما فعله الأولياء عدم الصلاح إلاّ الأب في النكاح**"(1).

ولم يوضح القانون اليمني موقفه من اختلاف الولي مع المولّى عليه، ولكنه أرجع النفقات إلى العادة وجعل نفقة الوصي مقيدة بالإنفاق المعتاد؛ وذلك لمصلحة الموصى عليه، بحيث إذا ادعى الوصي بأنه أنفق على الموصى عليه إنفاقا معتادًا فإن القول قوله؛ لأن في ظاهر هذا مصلحة للموصى عليه، وإن لم يكن معتادًا فلا بد له من بينة، وهذا ما نصَّت عليه المادة رقم (٢٠٩) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة وتعديلاته، بقولها: "القول في التصرف قول الوصي فيما ظاهره المصلحة؛ وذلك كبيع سريع الفساد، والمنقول غير النفيس، والإنفاق المعتاد، وأما فيما عدا ذلك فالظاهر عدم المصلحة، وعلى الوصي البيِّنة..."، ففي هذا النصّ تحكيم للعادات في المنازعات المتعلّقة بالنفقات بين الوصي وبين من هو تحت وصايته، وهو تحكيم لنوعية الإنفاق بكونه معتبرًا بالعادة، ولكن ذلك لا يحسم الخلاف في مدة الإنفاق، وأرى أن تقدير ذلك بسنة كان يجب النصّ عليه، بمعنى أنّ الوصي إذا ادعى الإنفاق على الموصى عليه لمدة طويلة فإنه لا يستحق إلا نفقة سنة عملاً بالاستصحاب، وحرصًا على مصلحة القاصر من استغلال بعض الأوصياء، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإنّ المادة رقم (١٥٦) من نفس القانون قد نصَّت على أنه: "لا يحكم للزوجة بأكثر من نفقة سنة سابقة على المطالبة القضائية، ما لم يتفق الزوجان على ذلك"، ومثل هذا النصّ كان يمكن جعله في حكم اختلاف الوصي مع الموصى عليه في مدة الإنفاق وتحديد استحقاق الوصي الإنفاق لمدة سنة سابقة عند عدم المطالبة، وعند عدم الاتفاق على خلاف ذلك.

---

(1) نبذة مختصرة من كتاب "شذور الذهب في تحقيق المذهب"، لعبد الله بن الحسين، دلامة، في مقدمة كتاب "شرح الأزهار"، لابن مفتاح، ١٨/١.

سابعًا: أن هذه القواعد تفيد في الحفاظ على حقوق الغائبين والمفقودين

وهذا واضح من خلال استصحاب حياة المفقود والغائب قبل الحكم بموته حقيقة أو حُكمًا، حيث يظل ماله ملكًا له ولا يقسم على ورثته قبل الحكم بموته، كما أن نصيبه يخرج من التركة ويوقف، فإن ظهر المفقود أو الغائب حيًّا حقيقة أو بحكم من المحكمة وقت موت المورث أخذ المفقود أو الغائب نصيبه، وإلا فإن نصيبه الموقوف يوزع معاشًا على من يستحقه من الورثة وقت وفاة المورث، وقد سبق توضيح ذلك في المبحث السابق.

ثامنًا: أن هذه القواعد تفيد في القضاء بالظاهر في منازعات الزوجين في بعض الحقوق

وهذا يتضح من خلال استصحاب القاضي لظاهر الحال في اختلاف الزوجين في متاع البيت إذا ادعى كل منهما أنه له – أو ادعى أحدهما الاشتراك فيه – مع عدم البيّنة لأحدهما على ما يدعيه، فللقاضي أن يستصحب إعمال الظاهر المستفاد من العادة الغالبة، ويقضي باختصاص كل واحد منهما بما يليق به، فإذا كان الزوج جنديًّا على سبيل المثال وادعى أنه شريك المرأة في مغازلها ومقانعها، وادعت المرأة أنها شريكته في سلاحه وخوذته، فإن القاضي لا يمكنه دفع هذه الدعاوى إلا بالقضاء بأن ما يختص بالأجناد للزوج وما يختص بالنساء للمرأة، وكذلك لو كان الزوج فقيهًا فنازعته في كتب الفقه، أو طبيبًا فنازعته في كتب الطب، أو محدثًا فنازعته زوجته في كتب الحديث، أو نساجًا فنازعته في آلة النسيج، ونازعها فيما يختص بالنساء؛ من المكاحل والمغازل، مع عدم البيّنة لأحدهما على ما يدعيه، فإن للقاضي أن يستصحب إعمال الظاهر المستفاد من العادة الغالبة ويقضي بأنَّ ما يختص بالأزواج يكون للزوج وما يختص بالنساء يكون للزوجة[1].

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ٢/٣٧.

تاسعًا: أن هذه القواعد تفيد في تحديد القاضي لأسلوب الإلزام بالإثبات.

القاعدة في مسائل إثبات الحقوق هي: أن "**على المدعي البيّنة**"(١)، فالمكلّف بالإثبات هو المدعي الذي يدعي الحق لنفسه(٢)، وعليه يقع عبء الإثبات (أي كلفته)؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر(٣)، ومما لا شك فيه أن للإثبات أهمية كبرى في إمكان تحقيق العدالة في المجتمع، فهو الطريق الذي به يمكن الوصول إلى الحق ومعرفة صاحبه، وعليه يعتمد القاضي في إصدار حكمه، فالبيّنات تضيء للقاضي الطريق للوصول إلى الحق المدعى به(٤)، والبيّنات جمع بينة وهي: "اسم لما يبيّن صحة الدعوى"(٥)، وهي:"التي تبيّن الحق"(٦)، ولذلك كان على المدعي بيان ما يصحّح دعواه ليحكم له(٧)؛ ولكن ما هو الأسلوب الذي يتخذه القاضي للإلزام بالإثبات؟

إن الأسلوب الذي يتخذه القاضي للإلزام بالإثبات يتنوع بحسب الادعاء، وقواعد الاستصحاب تفيد القاضي في تحديد نوع ذلك الأسلوب؛ وفيما يلي عرض

---

(١) وتكملة القاعدة: "وعلى المنكر اليمين". التاج المذهب لأحكام المذهب، للعنسي، ٤/٣.

(٢) نظرات في الشريعة الإسلامية، د.عبد الكريم زيدان، ٤٥٥؛ عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة) د.عبد الله علي الخياري، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، العدد(١٤)، السنة(٢٩) ذو القعدة، ١٤٢٦هـ-ديسمبر، ٢٠٠٥م،٢٩٩، تاريخ إجازة البحث، ٢٠٠٤/١١/٨م؛ مبادئ القانون، د. محمد حسين عبد العال، ٣٩٥.

(٣) نظرات في الشريعة الإسلامية، د.عبد الكريم زيدان، ٤٥٠؛ عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، د.عبد الله علي الخياري،٣٠١؛ مبادئ القانون، د.محمد حسين عبد العال،٣٩٥.

(٤) نظرات في الشريعة الإسلامية، د.عبد الكريم زيدان،٤٤٩؛ مبادئ القانون، د.محمد حسين عبد العال، ٣٩٤؛ الإسلام وتقنين الأحكام، د.عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، ٣٥٠.

(٥) إعلام الموقعين،لابن قيم الجوزية، ١/٨٠..

(٦) الطرق الحكمية، لابن قيم الجوزية، ٢٨٧.

(٧) السابق، ١٨.

بعض تلك الأساليب:-

١- إلزام من يدعي شغل ذمة غيره بالإثبات؛ لأن الأصل الثابت براءة الذمة من الحقوق، ولذلك لا إثبات على من يتمسك بهذا الأصل، بل يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف هذا الأصل.

٢- إلزام من يدعي عدم صحة العقود بالإثبات؛ لأن الأصل في العقود أنها صحيحة، والإثبات على من يدعي عدم صحتها.

٣- إلزام من يدعي عدم وجود شرط في العقد بالإثبات؛ لأن الأصل في العقود أنها صحيحة، وعلى من يدعي انتفاء الشرط إثبات ذلك، وقد سبق ذكر القواعد الدالة على أصالة صحة العقود(١).

٤- إلزام من يدعي الإكراه أو عدم الرضا في العقود بالإثبات؛ لأن الأصل في الصفات العارضة العدم، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل أن يثبت وجود ما يدعيه كالإكراه والعيب(٢).

٥- إلزام من يدعي خلاف الشيء الثابت يقيناً بالإثبات؛ لأن "**اليقين لا يزول بالشك**"، وما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين، وعلى ذلك يقع عبء الإثبات على من يدعي خلاف الثابت يقيناً؛ لأنه يدعي شكاً(٣).

وتطبيقاً لكل ذلك: فإنه يعدّ من قبيل الثابت يقيناً: بقاء عقد النكاح على أصله إلى أن يثبت ما يزيله(٤)، والإثبات على من يدعي زواله؛ لأن هذا الادعاء

---

(١) انظر البند الرابع من هذا المبحث.
(٢) عبء الإثبات بين قواعد القانون المدني اليمني والقواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية(دراسة مقارنة) د.عبد الله علي الخياري، ٣٠٦.
(٣) السابق، ٣٢٢.
(٤) القواعد، للونشريسي، ٧٦.

مشكوك فيه، والأمر المتيقن منه هو بقاء النكاح[1].

عاشرًا: أن هذه القواعد تفيد في اتخاذها منهجًا قضائيًا في بناء الأحكام

وتوضيح ذلك: أن قواعد الاستصحاب وبسبب كثرتها وتنوعها تقتضي بناء الأحكام على اليقين، ولذلك فإنها تفيد القاضي في اتخاذها منهجًا تعصمه من الزلل، ومن أمثلة ذلك ما يلي: -

١- انتهاج القضاء بالملكية عند وجود سند لذلك؛ وهذا فيما يتعلق بالمنازعات المتعلّقة بادعاء الملكية، فاستنادا إلى الاستصحاب يقضي القاضي بالملك بسند يدل على سبب الملكية؛ لأن الاستناد إلى سبب الملكية هو إبقاء الحال على ما كان حتى يثبت ما يغيره.

٢- انتهاج القضاء بالزوجية وبآثارها، وهذا فيما يتعلق بالمنازعات المتعلّقة بادعاء الزوجية، فاستنادا إلى الاستصحاب يقضي القاضي بثبوت الزوجية وبآثارها بناء على وثيقة دلت على عقد زواج فيما مضى.

٣- انتهاج القضاء ببراءة الذمة حتى يقوم الدليل على براءتها، وهذا شامل لكل المنازعات؛ ومثال ذلك: أنه لا يقضى على بريء بثبوت دين في ذمته حتى يقوم الدليل على ذلك؛ ولا يقضى ببراءة ذمة مشغولة بدين فيما مضى حتى يقوم الدليل على براءتها.

وعن هذه الأمور وعلاقتها بالاستصحاب يقول عبد الوهاب خلاف رحمه الله تعالى: "إن القضاة درجوا على بناء أحكامهم على الاستصحاب، فيقضون بالملك الآن بسند دل على مباشرة سبب من أسباب الملكية فيما مضى، ويقضون بالزوجية وآثارها الآن بناءً على وثيقة دلت على عقد زواج فيما مضى، ولا يقضون على بريء بثبوت دين في ذمته حتى يقوم الدليل، ولا يقضون ببراءة ذمة مشغولة بدين فيما مضى حتى يقوم الدليل"[2].

---

(١) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٢٤١.

(٢) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه، ١٥٣.

المبحث السادس

أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني

أولاً: التطبيق في مبدأ براءة المتهم.

نصت المادة الرابعة من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائيَّة على أن: "**المتهم بريء حتى تثبت إدانته...**".

وبتطبيق هذا النصّ على قواعد الاستصحاب، والتي منها: "**الأصل براءة الذمة**"، يمكن القول: إن مبدأ براءة المتهم ما لم تثبت إدانته هو نتيجة منطقية لقاعدة أصل براءة الذمة؛ لأن هذا الأصل واسع وشامل لبراءة ذمة الإنسان من كل الحقوق قبل إثبات شغل ذمته؛ لأن ما ثبت بيقين وهو البراءة لا يزول بالشك[1]، وهذا المبدأ يُطلَقُ عليه الباحثون: **الأصل أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته**[2]، و**الأصل في المتهم البراءة**[3]، و**قرنية البراءة**[4]، و**الأصل في الإنسان البراءة**[5]، وكل هذه

---

(١) المبادئ العامَّة في قانون الإجراءات الجزائيَّة، د.عوض محمد، ٦٧٠.

(٢) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر أنقع، ١٢١؛ مبادئ الفقه الإسلامي، يوسف قاسم، هامش(١) ص(٢٠٩)؛ القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه، د.محمد بكر إسماعيل،٢٩٦.

(٣) مبدأ الشرعيَّة الجنائيَّة، د.عصام عفيفي، ١٦؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د.محمد شجاع،٢٣.

(٤) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٢٣؛ مبدأ الشرعيَّة الجنائيَّة، د.عصام عفيفي، ١٢٠؛ المبادئ العامَّة في قانون الإجراءات الجنائيَّة، د.عوض محمد،٦٦٩.

(٥) دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي الإسلامي، د.محمود نجيب حسني، ١١؛ التفتيش في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، (دراسة مقارنة) د.إلهام محمد حسن العاقل، مركز المعلومات والتأهيل لحقوق الإنسان، عدن للطباعة والنشر، الجمهورية اليمنية ــ تعز، ط١، ٢٠٠٣م، ٤٠١؛ المبادئ العامَّة في قانون الإجراءات الجنائيَّة، د.عوض محمد، ٦٦٩.

الإطلاقات يجمعها معنى واحد، هو أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية تُكفَل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه[1]، وهذا المبدأ يعد من المبادئ الأساسية في قوانين الإجراءات الجنائيَّة، وأحد أهم ضمانات الحيدة في إجراءات التحقيق، والمحاكمة، والتنفيذ[2]؛ ولذلك لا يجوز تقييد حرية الإنسان إلا بناءً على نص في قانون الإجراءات الجنائيَّة، كما هو الشأن في قانون العقوبات، حيث لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص[3]، وبمقتضى هذا المبدأ فإن المتهم يعاملُ على أنه شخص بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات، ولا يجوز استيفاء العقاب إلا بناءً على حكم نهائي، ومن ثم يتعين إعفاؤه من إثبات براءته، فإذا حكم بإدانته سقطت عنه قرينة البراءة[4].

وهذا المبدأ لم يقتصر ذكره في القانون اليمني على قانون الإجراءات الجزائيَّة فحسب، بل جاء ذكره في دستور الجمهورية اليمنية أيضًا؛ حيث نصَّت المادة رقم (٤٧) منه على ذلك بقولها: "... **كل متهم بريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي بات...**" وهذا تأكيد لأهمية هذا المبدأ الذي يترتب على الإخلال به نتائج في غاية الأهمية، فالمجتمع يتأذى إذا بوشرت الإجراءات قبل شخص معين ثم اتضحت براءته؛ لأن القوانين دائمًا تعبر عن آراء المجتمع واحتياجاته، فإذا جاءت الإجراءات مخالفة فإنه لا يتقبلها ولا يرضى عنها وينتج عن ذلك السخط وعدم الرضا؛ لذلك لا بد من معاملة المتهم على أنه بريء باتباع إجراءات لا تمس كرامته للوصول إلى

---

(١) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٢٣.

(٢) دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي الإسلامي، د.محمود نجيب حسني، ١١؛ مبدأ الشرعيَّة الجنائيَّة، د.عصام عفيفي،١٦.

(٣) مبدأ الشرعيَّة الجنائيَّة، د.عصام عفيفي، ١٦، ١٧.

(٤) الإجراءات الجنائيَّة في التشريع المصري، د.مأمون سلامة، ١/٥؛ مبدأ الشرعيَّة الجنائيَّة، د.عصام عفيفي،١٧؛ قاعدة الأصل براءة المتهم بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د.عبد المجيد مطلوب، بحث منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية لدراسات الشريعة الإسلامية، تصدر عن جامعة الأزهر، العدد(٢)، السنة الأولى، جماد أول ١٤١٥هـ-أكتوبر ١٩٩٤م، ٣٢.

كشف الدليل الذي يثبت الحقيقة والذي قد يؤدي في نهاية الأمر إلى إدانة المتهم أو تبرئة البريء[١]، ومن هنا فإن الدستور اليمني قد رفع مبدأ براءة المتهم حتى تثبت إدانته إلى مصاف المبادئ الدستورية، وجعله من أهم حقوق المتهم التي لا يهدمها إلا حكم الإدانة، ولهذا يجب معاملة المتهم طوال سير الإجراءات على أنه شخص بريء[٢]، وعن علاقة مبدأ براءة المتهم بقاعدة الاستصحاب يقول الدكتور/ عبد المجيد مطلوب: "تعتبر قاعدة الأصل في المتهم البراءة عنصرًا أساسيًا في الشرعيّة الإجرائية، فتطبيق قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات **"لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"** تفترض وجود قاعدة أخرى هي: افتراض البراءة أو البراءة الأصلية، على مبدأ الاستصحاب المقرر في أصول الفقه"[٣]، وأساس استصحاب براءة المتهم هو الاحتياط، حيث يجب الاحتياط في نسبة الجريمة إلى شخص معين، وذلك بافتراض براءته حتى تثبت نسبة الجريمة إليه بدليل قاطع.

ثانيًا: التطبيق في مبدأ تفسير الشك لمصلحة المتهم

نصت المادة الرابعة من قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني على أنه **"يفسر الشك لمصلحة المتهم"**، وبتطبيق هذا النصّ على قواعد الاستصحاب، والتي منها: **"الأصل براءة الذمة"**، يمكن القول: إن مبدأ تفسير الشك لصالح المتهم نتيجة لأصل براءة الذمة؛ إذ إنّ هذا الأصل يقتضي وجوب استناد الإدانة إلى يقين، فإذا ثار الشك في نسبة الجرم إلى المتهم فإنه يجوز استناد البراءة إلى ذلك الشك[٤]، والشك الذي

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثاني: الإجراءات السابقة على المحاكمة، د.محمد راجح نجاد، ١٥١، ١٥٢.

(٢) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د.محمد شجاع، ٤٢.

(٣) قاعدة الأصل براءة المتهم بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، د. عبد المجيد مطلوب، ٣٣.

(٤) دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي الإسلامي، د.محمود نجيب حسني، ١١؛شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د.محمد شجاع، ٤٢، ٤٣.

يفسر لصالح المتهم يقصد به: "تفسير أي شك يحوم حول التهمة لمصلحته"[1]، ومجال تفسير الشك لصالح المتهم هو الإثبات، فإذا تعادلت أدلّة الإدانة وأدلّة البراءة فإنها ترجح أدلّة البراءة[2]؛ ولهذا فإن قاعدة "**الشك يُفسَّر لصالح المتهم**" تجد مكانها في المبادئ التي تحكم اقتناع القاضي وحريته في تكوين عقيدته، فهي تتعلق بتقييم الأدلّة وتفسير مضمونها[3].

ووجه الصلة بين قاعدة: "**الشك يفسر لصالح المتهم**"، وبين كلٍّ من قاعدتي: الاستصحاب، و"**اليقين لا يزول بالشك**" هو أن الإدانة لا تبنى إلا على اليقين لا على الشك والاحتمال، كما أن وجه الصلة بين قاعدة: "الشك **يفسر لصالح المتهم**"، وبين قاعدة: "**الأصل براءة الذمة**" هو أنه لمّا كان الأصل في الإنسان البراءة فإنّه إذا لم يقم دليل يقيني يدفع هذا الأصل فإنه يتعين العمل بالبراءة الأصلية ويترجح بذلك ما يحقق مصلحة المتهم؛ اعتبارا بكون الأصل في الأقوال والأفعال الإباحة، ومّا دام أن الأصل في الإنسان البراءة فإن أي شك في تقييم ثبوت التهمة بأدلّة معينة أو تفسير مضمون الدليل يجب أن يفسّر لصالح المتهم، فقضاء القاضي بالإدانة لا بد أن يكون يقينيًّا[4]، ولذلك فإنّ قاعدة:"**الشك يفسَّر لصالح المتهم**" هي قاعدة عادلة؛ لأنه عند الشك في تقدير حقيقة الدليل أو قيمته يجب القضاء ببراءة المتهم، ذلك أنه إذا كان الدليل يحتمل تفسيرين: أحدهما: يضر بالمتهم، والآخر: يفيده، وتعذر ترجيح أحدهما على الآخر، فليس من الإنصاف الاعتداد بالتفسير الأول وإهدار الآخر؛ لأن الأصل في الإنسان البراءة، وهذا الأصل لا يزول بمجرد الشك، وإنما يرتفع باليقين وحده، ولهذه العلة ظهرت قاعدة "**الشك يفسَّر لمصلحة المتهم**"[5] لما تمثّله من ضمان

---

(١) مبدأ الشرعيّة الجنائيّة، د.عصام عفيفي، ١٧.

(٢) لا جريمة إلا بقانون ولا عقوبة إلا بنص، رسالة ماجستير، سبق الإشارة إليها، للباحث: حمدي رجب عبد الغني،١٦٢.

(٣) الإجراءات الجنائيّة في التشريع المصري، د.مأمون سلامة، ٣٩/١.

(٤) السابق، الجزء نفسه، الصفحة نفسها.

(٥) المبادئ العامّة في قانون الإجراءات الجزائيّة، د.عوض محمد، ٨؛ قانون العقوبات، القسم العام، للمؤلف نفسه، ١٥.

للحَيْدة والعدالة في إجراءات التحقيق والمحاكمة والتنفيذ[1].

ثالثًا: التطبيق في مبدأ كفالة حق الدفاع للمدعى عليه

نصت المادة التاسعة من نفس القانون في فقرتها الأولى على أن: "حق الدفع (هكذا ولعلها الدفاع) مكفول، وللمتهم أن يتولى الدفاع بنفسه، كما له (هكذا ولعلها كما أنّ له) الاستعانة بممثل للدفاع عنه في أية مرحلة من مراحل القضية الجزائيّة بما في ذلك مرحلة التحقيق، وتوفر الدولة للمعسر والفقير مدافعًا عنه من المحامين المعتمدين..."، ونصت المادة رقم (٤٩) من دستور الجمهورية اليمنية على ذلك أيضًا بقولها: "حق الدفاع أصالة أو وكالة مكفول في جميع مراحل التحقيق والدعوى وأمام جميع المحاكم وفقًا لأحكام القانون، وتكفل الدولة العون القضائي لغير القادرين وفقًا للقانون".

وبتطبيق هذين النصين على قواعد الاستصحاب، والتي منها: قاعدة "**الأصل براءة الذمة**" يمكن القول: إنّه لَمَّا كان الأصل في الإنسان براءة ذمته، ولَمَّا كان المتهم في الأصل بريئًا إلى أن تثبت إدانته، فإنه يستصحب هذا الأصل، فيكون من حق المتهم أن يدافع عن نفسه، وأن يتمسك بأصالة براءته، فكفالة حق الدفاع للمدعى عليه مأخوذ من أصل براءة الذمة، من جهة أنه أقوى المتداعيين؛ إذ الأصل يشهد ببراءة ذمته، فمن حقه أنْ يدافع عن نفسه ممَّا ادُّعِيَ به عليه ومِمَّا لحقه من اتهام، إما بإثبات فساد دليل الاتهام، أو بإقامة الدليل على نقيضه، فكان لا بد من تمكين المتهم من ممارسة هذا الحق، لأنه إذا لم يُسْمَح له به فقد يتحول الاتهام إلى إدانة[2].

ومن خلال هذا يظهر وجه صلة مبدأ كفالة حق الدفاع للمدعى عليه بقاعدة

---

(١) دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي الإسلامي، د. محمود نجيب حسني، ١١.

(٢) مبدأ الشرعيّة الجنائيّة، د.عصام عفيفي، ١٢٢.

الأصل براءة الذمة من حيث إنَّ هذا المبدأ مؤيدٌ لأصل براءة الذمة؛ لأن الاتهام بطبيعته يحمل الشك(١)، ولأن قانون الإجراءات الجنائيَّة يهدف إلى حماية حقوق كل من: المتهم والمحكوم عليه والمجني عليه(٢)، ومن حق المتهم الدفاع عن نفسه، فبالدفاع تظهر الحقيقة.

ولهذا المبدأ أساس في الشريعة الإسلامية، فالقاضي مطالب قبل القضاء بالقيام بواجبات، منها: أنه لا يقضي حتى يسمع كلام الخصمين؛ لما رُوي عن علي ﷺ قَالَ: بَعَثَنِي رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْيَمَنِ قَاضِيًا، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، تُرْسِلُنِي وَأَنَا حَدِيثُ السِّنِّ وَلاَ عِلْمَ لِي بِالْقَضَاءِ؟! فَقَالَ: «**إِنَّ اللَّهَ سَيَهْدِي قَلْبَكَ، وَيُثَبِّتُ لِسَانَكَ، فَإِذَا جَلَسَ بَيْنَ يَدَيْكَ الْخَصْمَانِ فَلاَ تَقْضِيَنَّ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الآخَرِ كَمَا سَمِعْتَ مِنَ الأَوَّلِ؛ فَإِنَّهُ أَحْرَى أَنْ يَتَبَيَّنَ لَكَ الْقَضَاءُ**» قَالَ: فَمَا زِلْتُ قَاضِيًا أَوْ مَا شَكَكْتُ فِي قَضَاءٍ بَعْدُ(٣)، فهذا دليل على وجوب كفالة حق الدفاع؛ ولهذا قال ابن رشد: "إنهم أجمعوا (يقصد العلماء) على أنه واجب عليه (يقصد القاضي) أن يسوي بين الخصمين في المجلس، وألاَّ يسمع من أحدهما دون الآخر"(٤).

كما أن الغرض من القضاء هو حفظ مصالح الناس بحفظ أموالهم وأعراضهم وأبدانهم وكافة حقوقهم، وحفظ حق الدفاع يوافق حفظ تلك المصالح؛ لأن للمتهم مصلحة في إثبات براءته، وللمجتمع مصلحة لا تقل عن ذلك؛ لأن في إدانة البريء وإفلات المجرم إخلال بأمن المجتمع ونظامه، فإذا كانت مصلحة المجتمع تقتضي الكشف عن الحقيقة فإنَّ هذه المصلحة لا يمكن حمايتها إلاَّ إذا كان للمتهم

---

(١) مبدأ الشرعيَّة الجنائيَّة، د.عصام عفيفي، ١٢٢.

(٢) الدستور والقانون الجنائي، د.محمود نجيب حسني، ٦.

(٣) أخرجه أبو داود واللفظ له (١٨) كتاب الأقضية (٦) باب كيف القضاء حديث رقم (٣٥٨٢) ١٥٥٠/٣؛ والترمذي (١٣) كتاب الأحكام (٥) باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلامهما، حديث رقم (١٣٣١) ٦٠٩/٣؛ وأحمد في مسنده، ١١١/١.

(٤) بداية المجتهد، ٣٨٧/٢.

الحق في الدفاع عن نفسه بمنأى عن أي اعتداء؛ لأن حرية الدفاع عنصر من عناصر العدالة ذاتها، وهي ما توجّه ضرورة تمكين المتهم من إثبات براءته إن استطاع، حتى لا يدان لمجرد التسرع في الاتهام دون أن يكفل له المجتمع دفاعًا حرًا[1].

وإذا تولى المتهم حق الدفاع عن نفسه أمام القضاء وكان قادرًا على ذلك فإنّ هذا عمل بالأصل في الدفاع[2]، وإن عجز كان له الاستعانة بوكيل أو محام؛ لأن التوكيل في الخصومات من الوكالات الجائزة[3]، كما أنّ كفالة حق الدفاع تقتضي أن تندب المحكمة للمتهم محاميًا للدفاع عنه إذا لم يكن قد وكّل محاميًا، وبالتالي لا يصح للمحكمة أن تندب للمتهم محاميًا ما دام قد اختار محاميًا؛ لأن الأصل هو حرية المتهم في اختيار المدافع عنه[4].

ومن القواعد الأصولية التي تدعم إقرار حق استعانة المتهم بمحام: قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلا به فهو اجب**"، فالقضاء بالعدل واجب، ولتحقيق هذا الواجب لا بد منَ الاستعانة بكل الوسائل الموصلة إلى الحق والعدل، ومن تلك الوسائل: استعانة المهتم بمدافع يعينه على إثبات براءته إن كان بريئًا، ولولي الأمر تنظيم هذا الأمر بحسب المصلحة، وذلك بسن القوانين الملائمة، وهذا ما فعله الدستور اليمني، وقانون الإجراءات الجزائيّة اليمني من خلال ما سبق ذكره من النصين المقررين لكفالة حق الدفاع، وحق كفالة استعانة المتهم بمحام، فهذا من الوسائل الأساسية المعترف بها لحماية حقوق المتهم في الدعوى الجنائيّة في جميع مراحلها، لأنّ في استعانة المتهم

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد شجاع، ٥٢.

(٢) مبدأ الشرعيّة الجنائيّة، د.عصام عفيفي، ١٢٣؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د.محمد شجاع، ٥٢.

(٣) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٤٤.

(٤) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د.محمد شجاع، ٥٣.

بمحام حماية له من أي تصرفات غير مشروعة تستخدم ضده لإثبات التهمة المنسوبة إليه[1].

رابعًا: التطبيق في المحاكمات.

نصت الفقرة الأولى من المادة رقم (٣٢١) من قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني على أنه: "**لا إدانة إلا بناء على أدلَّة**"، ومؤدى هذا النص: إقرار مبدأ عدم الإدانة بدون أدلَّة[2]، وبتطبيق قواعد الاستصحاب، والتي منها: قاعدة "**اليقينُ لا يزول بالشك**"، وقاعدة: "**الأصل براءة الذمة**" على هذا النص، يمكن القول: إنه لمَّا كانت قرينة البراءة تعني: أن الأصل في المتهم براءته ممَّا أسند إليه، فإنَّ هذا الأصل يبقى - في صورة قاطعة وجازمة - على ما هو عليه إلى أن يثبت في صورة قاطعة جازمة إدانة المتهم؛ ولذلك لا يجوز أنْ تُبْنَى الإدانة إلاَّ على أدلَّة، أما إذا لم يقدّم إلى القاضي الدليل القاطع على ذلك فإنه يقضي بالبراءة[3]، أي أنَّ: إدانة المتهم لا تبنى إلاَّ على الجزم واليقين، وسند قرينة البراءة: هي أنَّ المتهم تتوجه إليه دعوى خلافًا لأصل البراءة، فإذا لم تثبت الدعوى ضد المتهم إثباتا قاطعًا فإنه يتعينُ الإبقاء على هذا الأصل، ولأنَّ الدعوى الجزائيَّة ضد المتهم تبدأ في صورة شك في إسناد واقعة إليه، والهدف منها هو تحويل الشك إلى يقين، فإذا لم يتحقق ذلك بقي الشك وهو لا يكفي للإدانة؛ لأنَّ الإدانة تبنى على اليقين[4].

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثاني: الإجراءات السابقة على المحاكمة، د. محمد راجح نجاد، ٤٧، ٥٠.

(٢) المبادئ العامَّة في قانون الإجراءات الجنائيَّة، د.عوض محمد ٩٦٩؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د.محمد شجاع ٤٥٦؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة-القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د.مطهر علي صالح أنقع، ١٢١.

(٣) المراجع السابقة، نفس الصفحات.

(٤) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: الإجراءات السابقة على المحاكمة، د. مطهر أنقع، ١٢٢.

واستصحابا لأصل براءة الذمة في الأحكام القضائية، فقد تقررت قاعدة فقهية، هي: "**أن الأصل أن لا يحكم الحاكم إلا بما علم أو بما يظن ظنًا يقارب العلم**"(١)، لأنّ المعهود والمعلوم في القاضي أنه لا يقضي إلا إذا تيقن من معرفة المحكوم له من المحكوم عليه بعد المرافعات، ولهذا فإنّ عليه أن يعطي الخصوم فرصة الترافع، وتقديم الدعوى، والرد عليها، وتقديم البراهين، وتفصيلها، وتمحيصها، وإعمال جهده وفكره فيها، ليتبين له الحق فيحكم به أو يحكم بما يغلب على ظنه أنه الصواب، وصلة هذا الأصل بقاعدة "**الأصل براءة الذمة**": هو أن الأمر المتيقن منه هو براءة الذمة؛ ولذلك لا يمكن شغلها بأي شيء ومن أية جهة كانت ولو كانت جهة القضاء إلا باليقين من ذلك، أو بالظن المقارب لليقين، وإلا فإن الأصل المستصحب والمتيقن منه هو براءة الذمة(٢).

خامسًا: التطبيق في الإثبات الجنائي

نصت الفقرة الثالثة من المادة رقم (٣٢١) من قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني على أنه: "يقع عبء إثبات أيةَ واقعة على المدعي بقيامها، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك"، فهذا النصّ اشتمل على قاعدة أساسية في الإثبات؛ هي أنه يقع عبء الإثبات على المدعي، بمعنى: أن كلفة الإثبات تكون عليه"(٣)، أو أن تحمّل الإثبات يقع عليه، لأن الأعباء تعني: الأحمال والأثقال، واحدها عبء، كحمل، وأحمال، وزنًا ومعنًى(٤)، والمقصود بعبء الإثبات: تحديد المسئول عن تقديم الدليل على صحة ما يدعيه أمام القضاء(٥)، فالنيابة العامّة باعتبارها ممثلة عن الاتهام أو

---

(١) تخريج الفروع على الأصول، للزنجاني، ١٧٤-١٧٥؛ القواعد، للحصني، ١/٢٧٥.

(٢)السابقان، نفس الأجزاء، نفس الصفحات.

(٣) الفقه الإسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية، لمحمد شفيق العاني، ١٠٨.

(٤) تحرير التنبيه، للنووي، ٣٥٤.

(٥) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د.محمد شجاع، ٤٥٥؛ مبادئ القانون د.محمد حسين عبد العال، ٣٩٥.

الادعاء يقع عليها عبء عناصر الإثبات وتقديمها إلى القضاء[١]، كما يقع عبء الإثبات على عاتق المجني عليه في حالة الانضمام مع النيابة في الادعاء العام[٢]، كما يتضمن عبء الإثبات "إعفاء المتهم من إثبات براءته"[٣] فلا يكلف ذلك؛ لأن البيّنة تقوم على عاتق المدعي، وبتطبيق مبدأ إلقاء عبء الإثبات على المدعي على قواعد الاستصحاب يتضح ما يلي: –

١ – أن مبدأ إلقاء عبء الإثبات على المدَّعي موافق لقاعدة:"**الأصل براءة الذمة**" التي تقتضي براءة المتهم ممَّا نسبَ إليه؛ فلذلك لا يطالب بإثبات إدانته، وعلى من يدعي خلاف هذا الأصل أن يثبت ذلك، ومن يتمسك بهذا الأصل لا إثبات عليه[٤].

٢ – أن مبدأ إلقاء عبء الإثبات على المدعي موافق لقاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**"، فاليقين هو براءة المتهم والشك هو شغل ذمته بما نسب إليه، واليقين لا يرتفع بالشك، وعلى من يدعي خلاف اليقين أن يثبت ذلك، ومن يتمسك باليقين لا إثبات عليه، وعلى ذلك يقع عبء الإثبات "على من يدعي خلاف الثابت بيقين؛ لأنه يدعي أمرًا مشكوكًا فيه.

٣ – أنَّ مبدأ عبء الإثبات موافق للقاعدة التي جاءت بها السنة الشريفة، فقد روي عن ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ**»[٥]، فهذا الحديث قرر

---

(١) المبادئ العامّة في قانون الإجراءات الجنائيّة، د.عوض محمد، ٦٧٠؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د.محمد شجاع، ٤٥٥؛ التفتيش في قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. إلهام العاقل، ٤٠.

(٢) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د.محمد شجاع، ٤٥٥.

(٣) مبدأ الشرعيّة الجنائيّة، د.عصام عفيفي، ١٢١.

(٤) مبدأ الشرعيّة الجنائيّة، د.عصام عفيفي، ١٢١؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر أنقع، ١٢٠.

(٥) الحديث سبق تخريجه ص١٢٣ من هذا البحث.

قاعدة هي: أن "على المدعي البينة، وعلى المنكر اليمين"[1]، فالبيّنة إنما كانت في جانب المدعي لأنه يدعي خلاف الظاهر، والأصل براءة ذمة المدعى عليه، وإنما كانت اليمين في جانب المدعى عليه لأنه يدعي ما وافق الأصل وهو براءة الذمة[2]، ومضمون هذه القاعدة: أنه لا عبرة بالادعاء المجرد، بل لا بد للمدعي من بينة على دعواه، فإذا لم يبرهن على دعواه فإن ذمة المدعى عليه بريئة، وإذا لم يكن مع المدعي إلاّ مجرد الدعوى فإنه لا يقضى له بمجرد ذلك[3].

وحيث إنّ الأصل براءة الذمة فإنّ ذمة المدعى عليه بريئة، والمدعي يدعي خلاف الأصل، فكان القول قول المدعى عليه لموافقته الأصل، والبيّنة على المدعي لدعواه ما خالف الأصل[4]، أي أنّ "الشرع قد جعل البيّنة في حيز المدعي واليمين في حيز المدعى عليه، فوجب أنّ لا ينقلب الأمر"[5]؛ وبناء على ذلك فإنّ مبدأ إلقاء عبء الإثبات على المدعي يفيد أنّ البيّنة إنما جعلت في جانب المدعي لأنّ جانبه ضعيف، إذ هو يريد تغيير الحال المستقر ببراءة ذمة المدعى عليه، وجعلت اليمين على من أنكر لأنه أقوى جانبًا من المدعي، إذ المدعي يدعي خلاف الأصل وهو براءة الذمة، وهذا الأصل يشهد للمدعى عليه، وفي هذا يقول ابن القيم: إنّ "اليمين إنما كانت في جانب المدعى عليه، حيث لم يترجح جانب المدعي بشيء غير الدعوى، فيكون جانب المدعى عليه أولى باليمين، لقوته بأصل براءة الذمة، فكان هو أقوى المدعيين باستصحاب الأصل، فكانت اليمين من جهته"[6].

---

(١) التاج المذهب لأحكام المذهب، للعنسي، ٤/٣.

(٢) شرح الأربعين النووية، للنووي، ٧٦ ومن المسائل المستثناة من هذه القاعدة والتي يقبل فيها قول المدعي بلا بينة فيما لا يعلم إلا من جهته: دعوى الأب حاجته إلى الإعفاف، ودعوى القريب عدم المال ليأخذ النفقة... انظر: [السابق، ٧٦].

(٣) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٨١/١.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٦٤؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/ ١٢٠.

(٥) بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٨٧/٢

(٦) الطرق الحكمية، ١٠٠.

سادسًا: التطبيق في تنفيذ الأحكام الجزائيَّة

١ – جاء في نص المادة رقم (٤٨٤) من قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني – فيما يتعلق بتنفيذ عقوبة القتل، أو قطع عضو من أعضاء الجسم، حدًا أو قصاصًا –: أنَّه "يوقف التنفيذ في المرأة الحامل حتى تضع حملها، والمرضع حتى تتم رضاعة ولدها في عامين ويوجد من يكفله، وتحبس إلى أن يحين وقت التنفيذ".

٢ – كما جاء في نص المادة رقم (٤٨٧) من نفس القانون – فيما يتعلق بتنفيذ عقوبة الرجم في المرأة – أنه "تعامل المرأة الحامل أو المرضع المحكوم عليها بالرجم معاملة المحكوم عليه بالإعدام".

وتطبيقًا لقواعد الاستصحاب، وما بني عليها من استصحاب الحياة، وعصمة الدم[1]، استنادا إلى أنَّ "**الأصل بقاء الحياة**"[2]، يمكن القول: إنَّ القانون اليمني حينما نص على تأخير تنفيذ القصاص والحدود في المرأة الحامل، أو المرضع – سواء كان القصاص والحد في النفس أو في عضو منها – إنما استصحب حياة الجنين وعصمة دمه في بطن أمه، كما أنَّه استصحب حياة الطفل وعصمة دمه في فترة إرضاع أمه له، ولذلك لا يقام الحد على حامل حتى تضع حملها، ولا على مرضع حتى تتم رضاعة ولدها، لأن إقامة الحد يتعلق به جناية وإضرار بالحمل أو الرضيع، وكل منهما معصوم الدم، وهذا ما أشار إليه ابن قدامة بقوله: "قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن الحامل لا تُرْجَم حتى تضع... ولأن في إقامة الحد عليها في حال حملها إتلافًا لمعصوم ولا سبيل إليه، وسواء كان الحد رجمًا أو غيره، لأنه لا يؤمن تلف الولد من سراية الضرب والقطع، وربما سرى إلى نفس المضروب والمقطوع، فيفوت الولد بفواته، فإذا وضعت الولد، فإن كان الحد رجمًا لم ترجم حتى تسقيه اللبأ، لأنَّ الولد لا يعيش إلاَّ به، ثم إن كان له من يرضعه أو تَكَفَّلَ أحد

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٣٦٧.

(٢) تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٥٣؛ نهاية المحتاج، للرملي، ٧/٢٩٥.

برضاعته رُجمت، وإلا تركت حتى تفطمه"[1]، وهذا يدل على الاحتياط من الإضرار بالجنين أو الرضيع، واستصحابا لعصمة دم كل منهما.

ولا يقتصر هذا على حد الزنى فحسب، بل يشمل كل الحدود، سواء أكان الحد ضربًا – كحد الزنى أو حد القذف – أو كان الحد قطعًا – كحد السرقة والحرابة – كما يشمل أيضًا القصاص في النفس، والأطراف، بجامع أن إقامة أية عقوبة من هذه العقوبات على الحامل أو المرضع قد يمتد بسببها الضرر إلى الحمل أو الرضيع، وقد يؤدي ذلك إلى وفاة كل منهما أو الإضرار به، والوفاة والإضرار بدون حق يتعارض مع استصحاب الحياة، واستصحاب السلامة، وبراءة الذمة.

٣ – نصّت المادة رقم (٤٨٩) من نفس القانون على أنه: "ينفذ القطع حدًّا في اليد اليمنى من الرسغ، والرجل من الكعب بآلة حادة..."

٤ – ونصت المادة رقم (٤٩١) من القانون ذاته على أنه: "ينفذ القصاص فيما دون النفس بإزالة الطرف المُبَيَّنْ بالحكم بآلة حادة مناسبة عند الفصل أو الحد الذي ينتهي إليه، ما لم يقرر الطبيب المختص عدم إمكان التنفيذ لخطورته على حياة المحكوم عليه، ويقدّم ما يلزم من إسعاف وعلاج للمحكوم عليه بعد التنفيذ، لمنع أية مضاعفات محتملة"

٥ – وجاء في المادة رقم (٤٩٣) من نفس القانون – الخاصّة بكيفية تنفيذ عقوبة الجلد – أنه: "يُنَفَّذ الجلد تحت إشراف الطبيب المختص بعد أن يقر أن التنفيذ لا يؤدي إلى هلاك المحكوم عليه، وإلا أوقف التنفيذ".

وبملاحظة ما ورد في مجموع هذه النُصوص المتعلّقة بتنفيذ عقوبات القطع حدًا أو قصاصًا فيما دون النفس بآلة حادة مناسبة، مع الأخذ في الاعتبار تقرير

(١) المغني، ١٧١/٨. وانظر –أيضًا– في نقل الإجماع على ذلك: [بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/ ٣٣٠].

الطبيب المختص من عدم إمكان التنفيذ لخطورته على حياة المحكوم عليه، وتقديم ما يلزم من إسعافات وعلاجات للمحكوم عليه بعد التنفيذ لمنع أية خطورة محتملة ومنع المضاعفات بعد القطع – بملاحظة كل ذلك وملاحظة ما سبق ذكره من إيقاف تنفيذ عقوبة الجلد إذا قرر الطبيب المختص أنَّ ذلك سيؤدي إلى هلاك المحكوم عليه – يمكن القول: إنَّ في كل هذه الأمور احتياطًا للمحكوم عليه من الهلاك، وهذا معناه: استصحاب الحياة وعصمة الدم، ومقتضى هذا: أنه يجب الحفاظ على سلامة المحكوم عليه بالقطع في الحدود والقصاص أو بالجلد، بحيث لا يؤدي تنفيذ ذلك إلى هلاك المحكوم عليه؛ ولذلك لا يقاد في الجراح في الحر والبرد الشديدين ويؤخر ذلك مخافة أن يموت المقاد منه، ولا يقام حد الجلد على الزاني أو القاذف في الحر والبرد الشديدين مخافة أن يؤدي ذلك إلى موت المجلود[1]، ولا ينفذ القصاص في الأطراف إذا قال أهل الخبرة أن الدم لا ينقطع عن المحكوم عليه لو نفذ القطع بأن لم تنسد أفواه العروق بحسم نار ولا غيرها، أو بأن تردد أهل الخبرة في الجزم بانقطاع الدم من العروق بعد القطع وذلك حذرًا من استيفاء نفس بطرف[2]، وعملاً باستصحاب سلامة جسد المحكوم عليه من غير ما هو محكوم عليه به، فإنَّ على من يقوم بتنفيذ القطع في الحدود القصاص ألا يقوم بزيادة في القطع على ما هو محكوم به؛ لأنَّ الزيادة في التنفيذ تكون سببًا للضمان[3]، كما أن استصحاب سلامة جسد المحكوم عليه يقتضي أن لا يمكن المجني عليه – أو ورثته – من القيام بتنفيذ القصاص من الجاني، مخافة أن يجور ويتجاوز في القصاص بسبب العداوة بينه وبين الجاني[4].

---

(١) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٣٤، ٣٥٩.

(٢) نهاية المحتاج، للرملي، ومتنه المنهاج، للنووي، ٧/٢٩٠-٢٩١.

(٣) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٣٦٧.

(٤) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٣٠

المبحث السابع

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني

من أوجه الإفادة المستخلصة من قواعد الاجتهاد بالرأي بالاستصحاب في قانون الإجراءات الجزائيَّة ما يلي: -

أولاً: أنَّ هذه القواعد تفيد في عدم ترتيب القضاء أي أثر سيئ على المتهم لمجرد الاتهام.

لماَ كانت القاعدة العامَّة هي: أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته فإنه يترتب على ذلك وجوب معاملته طوال سير الإجراءات الجزائيَّة على أنه شخص بريء، فأمور المسلمين محمولة على السداد والصلاح حتى يظهر غير ذلك عملاً بأصل البراءة في الإنسان[١]؛ ولهذا فإن القضاء – وبناءً على استصحاب أصل البراءة في المتهم – لا يرتب أي أثر سيئ على المتهم لمجرد الاتهام، بل إن استصحاب أصل البراءة يقتضي معاملته بدون إضرار، فللمتهم الحق في العلم بكافة الإجراءات، وله الحق في الاستعانة بمحام[٢]، وليس للقضاء تكليفه بإقامة الدليل على براءته[٣]، ولا أن يُبنى الحكم القضائي بالإدانة إلاَّ على الجزم واليقين[٤]، والسند القانوني لعدم ترتب أي أثر سيئ على المتهم لمجرد الاتهام نابع من السند القانوني لاستصحاب قرينة براءة المتهم، وهذا السند يتمثل في أن وضع المتهم موافق للأصل وهو البراءة،

---

(١) ضوابط التفكير الفقهي، لأستاذنا الدكتور/ عبد اللطيف محمد عامر، ٣٢؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د. محمد محمد شجاع، ٤٢.

(٢) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د.محمد محمد شجاع، ٤٣.

(٣) المبادئ العامَّة في قانون الإجراءات الجنائيَّة، د.عوض محمد، ٦٦٩.

(٤) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د.محمد محمد شجاع، ٤٢، ٤٣

بحيث إذا لم تثبت التهمة الموجهة إليه إثباتا قاطعًا فإنه يتعين الإبقاء على الأصل، كما أن الدعوى ضد المتهم تبدأ في صورة شك في إسناد واقعة إلى المتهم، والشك لا يُبنى عليه إدانة، فإذا لم يتحقق اليقين بقي الشك، وهو لا يكفي للإدانة، فالإدانة – وهي خلاف الأصل – لا تنبني إلا على اليقين والجزم(1).

ثانيًا: أن هذه القواعد تفيد في ضرورة بناء الأحكام القضائية على الجزم واليقين.

لما كانت قرينة البراءة في المتهم تقتضي إثبات الدعوى ضده إثباتا قاطعًا فإنه يترتب على ذلك أنّ على القاضي استصحاب قرينة البراءة كلما ثار لديه شك في الإدانة، فمتى ثار الشك وجب على القاضي أن يفسر ذلك الشك لمصلحة المتهم وأن يحكم بالبراءة(2)؛ لأن الدليل القضائي لا يكون دليلاً إلا إذا نقل القاضي من حالة الجهل والشك إلى حالة اليقين(3).

ثالثًا: أنّ هذه القواعد تفيد في وجوب اتّخاذ الدولة كافة الإجراءات اللازمة للحفاظ على براءة جسد المحكوم عليه بالقتل من التعذيب والتمثيل عند تنفيذ الأحكام القضائية.

لَمّا كان أصل براءة الذمة أصلاً واسعًا شاملاً لبراءة الإنسان من كل شيء فإن هذا الأصل يستصحب عند تنفيذ عقوبة القتل في المحكوم عليه، بحيث تكون عقوبة القتل مقتصرة على القتل فقط دون تعذيب أو تمثيل للمحكوم عليه؛ ولذلك فإنه يجب على الدولة اتّخاذ كافة الإجراءات اللازمة للحفاظ على المحكوم عليه من التعذيب أو التمثيل، ومن تلك الإجراءات ما يلي: –

---

(1) المبادئ العامّة في قانون الإجراءات الجنائيّة، د.عوض محمد ٦٦٩، شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر أنقع، ١٢٢؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د.محمد محمد محمد شجاع، ٤٥٦، ٤٥٧.

(2) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د.مطهر علي أنقع، ١٢٢، ١٢٣.

(3) المبادئ العامّة في قانون الإجراءات الجنائيّة، د.عوض محمد، ٦٦٩.

١- أن لا يقوم بتنفيذ العقوبة إلاّ من له خبرة بذلك؛ بحيث يكون سريعًا في التنفيذ ولا يُلحِق بالمحكوم عليه تعذيبًا أثناء التنفيذ، وهذا مفهوم من المادة رقم (٤٨٥) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائيَّة اليمني التي نصَّت على أنه: "تنفذ عقوبة الإعدام بقطع رقبة المحكوم عليه بالسيف أو رميًا بالرصاص حتى الموت بدون تمثيل أو تعذيب، وفي حدود الحرابة يتم التنفيذ حسبما ينص عليه الحكم".

٢- اتِّخاذ الحراسة اللازمة لتمام لتنفيذ.

٣- حضور طبيب لتقرير تمام التنفيذ.

٤- كتابة أقوال المحكوم عليه وتحرير وصيته وما له وما عليه.

٥- تحديد مكان حصين للتنفيذ.

وكل هذه الأمور مفهومة من المادة رقم (٤٨٣) من نفس القانون التي ورد فيها: "يتم التنفيذ داخل المنشأة العقابية أو المستشفى أو المكان الذي يُعَيَّن لذلك بحضور أحد أعضاء النيابة العامَّة وكاتب التحقيق وأحد ضباط الشرطة والطبيب المختص... ويحرر عضو النيابة العامَّة محضر (هكذا، والصواب: محضرًا) بالإجراءات، وما قد يبديه المحكوم عليه من أقوال، وبما يفيد تمام التنفيذ، وشهادة الطبيب المختص بذلك"

ويلاحظ أنَّ مكان التنفيذ – وإن كان قد جعله القانون داخل المنشأة العقابية أو المستشفى أو المكان الذي يعين لذلك – إلا أن الأولى بالمشرع اليمني أن يحدد مكان التنفيذ بمكان عام، لكي يتحقق الردع والزجر للآخرين، بحيث يكون التنفيذ داخل المنشأة العقابية أو المستشفى مقتصرًا على أحوال الضرورات التي يخشى معها هرب المحكوم عليه أو خطفه أو غير ذلك.

٦- منع الحاضرين من إيذاء المحكوم عليه قولاً أو فعلاً.

٧- قيام الدولة بتجهيز المحكوم عليه بعد قتله، وذلك بتغسيله وتكفينه ودفنه عند عدم

وجود أقارب له أو عند عدم طلبهم ذلك عند وجودهم، وهذا ما نصّت عليه المادة رقم (٤٨٨) من القانون ذاته بقولها: "تدفن الحكومة جثّة من نفّذ فيه الإعدام أو الرجم على نفقتها عند عدم وجود أقارب له يطلبون ذلك، فإن طلبوا فيمكنوا من طلبهم".

رابعًا: أن هذه القواعد تفيد في وجوب اتّخاذ الدولة كافة الاحتياطات اللازمة للحفاظ على سلامة جسد المحكوم عليه عند تنفيذ عقوبات غير القتل كالقطع والجلد.

إن استصحاب أصل البراءة يقتضي أن يكون تنفيذ عقوبات غير القتل – كالقطع والجلد – منحصرًا فيها، ولتحقيق ذلك يجب على الدولة اتّخاذ كافة الاحتياطات اللازمة، ومنها ما يلي:

١- فحص آلة التنفيذ بحيث تكون مناسبة وسريعة في التنفيذ، فإذا كانت العقوبة هي القطع، فلا بد أن تكون آلة القطع – وهي غالبًا السكين – حادة، وإن كانت العقوبة هي الجلد – كجلد القاذف – فلا بد أن يكون السوط – وهو غالبًا أداة الجلد – رطبًا ليس في طرفه عقد مفردًا غير مجموع، أي أن فحص آلة التنفيذ مفيد للحفاظ على حياة المحكوم عليه؛ لأن الأصل في الإنسان الحياة وعصمة الدم[1].

٢- عرض المحكوم عليه على الأطباء لتقرير إمكانية التنفيذ من عدمه، فالأخذ برأي الأطباء عند تنفيذ العقوبات التي لا يترتب عليها ذهاب النفس مفيد جدًا لمعرفة أثر التنفيذ على حياة المحكوم عليه من عدمه؛ لأن الأصل حياة الإنسان وعصمة دمه.

٣- تجهيز الإسعافات والعلاجات اللازمة وتقديمها للمحكوم عليه بعد التنفيذ لمنع أية مضاعفات محتملة قد تؤدي إلى إهلاكه أو الإضرار به.

وكل هذه الأمور مفهومة من خلال نص المادة رقم (٤٩١)، وما بعدها من قانون الإجراءات الجزائيّة،حيث نصّت المادة رقم (٤٩١) على أنه: "ينفذ القصاص فيما دون النفس بإزالة الطرف المبيّن بالحكم بآلة حادة مناسبة عند الفصل أو الحد

---

(١) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٣٦٧.

الذي ينتهي إليه، ما لم يقرر الطبيب المختص عدم إمكان التنفيذ لخطورته على حياة المحكوم عليه، ويقدّم ما يلزم من إسعاف وعلاج للمحكوم عليه بعد التنفيذ لمنع أية مضاعفات محتملة"، وجاء في المادة رقم (٤٩٢): "تنفذ عقوبة الجلد في حضور الشهود بسوط مفرد رطب ليس في طرفه عقد... وينفذ الجلد تحت إشراف الطبيب المختص، بعد أن يُقر أنَّ التنفيذ لا يؤدي إلى هلاك المحكوم عليه وإلا أوقف التنفيذ".

ومن خلال ذلك يتضح أنه يمكن لسلطات الدولة المعنية بتنفيذ العقوبات التي لا يترتب عليها ذهاب النفس اتّخاذ ما تراه من الاحتياطات اللازمة للحفاظ على حياة المحكوم عليه بجلدٍ أو قطعٍ؛ استصحابا لأصل حياته وعصمة دمه.

خامسًا: أنَّ هذه القواعد تفيد في وجوب اتّخاذ الدولة كافة الاحتياطات لجعل العقوبة قاصرة على جسد المحكوم عليه والحفاظ على براءة غيره عند تنفيذ العقوبة.

وهذا واضح من خلال ما سبق ذكره من إيقاف تنفيذ عقوبة القتل، أو الرجم، أو القطع، أو الجلد، في المرأة الحامل حتى تضع حملها، وفي المرضع حتى تتم رضاعة ولدها في عامين ويوجد من يكفله، ففي هذا كله تطبيق لاستصحاب حياة كلٍ من: الجنين، والرضيع، ولعل من أهم الاحتياطات التي يجب على الدولة اتّخاذها هو: البحث عن أقارب يتولون رعاية الطفل بعد تنفيذ عقوبة القتل في أمه، وإلاّ تولت الدولة ذلك الأمر؛ لحاجة الطفل إلى الرعاية والتنشئة الدينية الإسلامية.

المبحث الثامن

أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب في قانون الجرائم والعقوبات اليمني

من الأمثلة التطبيقية للإفادة من قواعد الاجتهاد بالرأي بالاستصحاب في قانون الجرائم والعقوبات اليمني ما يلي: –

أولاً: التطبيق في مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.

نص القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات على مبدأ الشرعيَّة في مادته الثانية، بقوله: "... لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون".

وبتطبيق هذا النصّ على قواعد الاستصحاب والتي منها قاعدة: "**الأصل براءة الذمة**"، يمكن القول: إن من يرتكب فعلاً لم يجئ نص بالنهي عنه فإن حاله باقٍ على البراءة الأصلية إذا لم يقم دليل على إثبات أن الفعل جريمة[1]؛ لأن الأصل في الأشياء الإباحة حتى يوجد دليل التحريم؛ وذلك لقوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾[2]، ولأنه لا عقاب ولا إثم إلا بإعلام من الشارع، ولذا يقول سبحانه: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴿١٥﴾﴾[3].

ثانيًا: التطبيق في الدفاع الشرعي.

نصت المادة رقم (٢٧) من نفس القانون على الدفاع الشرعي بقولها: "تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا واجه المدافع خطرًا حالاً من جريمة على نفسه أو عرضه أو

---

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي(الجريمة)، محمد أبو زهرة، ١٨١.

(٢) من الآية ٢٩ من سورة البقرة.

(٣) من الآية ١٥ من سورة الإسراء.

ماله، أو نفس الغير أو عرضه أو ماله، وكان من المتعذِّر عليه الالتجاء إلى السلطة العامَّة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب، ويجوز للمدافع عندئذ أن يدفع الخطر بما يلزم لرده، وبالوسيلة المناسبة".

موضوع الدفاع الشرعي يتناوله البحث في أكثر من موضع للاستشهاد به على بعض القواعد محل الدراسة، فنحيل إلى ذلك[1]، والذي يعيننا في هذا المقام هو كيفية تطبيق حالة الدفاع الشرعي على قواعد الاستصحاب؛ وبالرجوع إلى هذا النصّ القانوني وتطبيقه على قواعد الاستصحاب والتي منها: "**الأصل بقاء الحياة**"[2]، والأصل "**سلامة الأعضاء في الناس ووجودها، والأصل براءة الذمة**"[3]، و"**أصالة احترام النفس والعرض والمال**"[4] يمكن القول: إن للإنسان أن يدافع عن نفسه وعرضه وماله عند حلول الخطر؛ لأنها أمور محترمة لا يجوز المساس بها بدون حق؛ ولذلك لا يجوز الاعتداء على حياة الإنسان بإزهاق روحه بغير وجه حق، ولا على ما دون نفسه، أوقطع بعض أعضائه، ولا يجوز أيضًا الاعتداء على ماله دون وجه حق؛ لأن الأصل براءة الذمة، فلا يجوز قلب هذه القاعدة بجعل الأصل اشتغال الذمة بالقتل والقطع حتى تثبت براءتها.

ثالثًا: التطبيق في امتناع المسئولية الجنائيَّة بسبب عيب عقلي

نصت الفقرة الأولى من المادة رقم (٣٣) من نفس القانون على أنه: "لا يسأل من يكون وقت ارتكاب الفعل عاجزًا عن إدراك طبيعته ونتائجه، بسبب الجنون الدائم أو المؤقت، أو العاهة العقلية".

---

(١) انظر على وجه الخصوص قاعدة الضرورات تبيح المحظورات في المبحث السابع من الفصل الثاني من الباب الرابع.

(٢) تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٥٣.

(٣) السابق، ٤٥٤.

(٤) تهذيب الأصول، للسيد السبزاوري، ١٨٣/٢.

وبتطبيق هذا النصّ على قواعد الاستصحاب، والتي منها: قاعدة "**اليقين لا يزول بالشك**" يمكن القول: إن الأحكام القضائية لا تبنى إلا على يقين؛ ومع جنون المتهم أو مرضه مرضًا عقليًّا يثور شك لدى القضاء حول إمكان محاكمته في هذه الحالة؛ ولذلك كان لا بد من معرفة حال المتهم؛ لأن ثبوت الجنون أو عاهة العقل يُعدّ مانعًا من المسئولية الجنائيّة، وفي هذا الأمر يقول الدكتور/عوض محمد: "تقدير حالة المتهم العقلية ومدى تأثيرها على مسئوليته الجنائيّة أمر يتعلق بوقائع الدعوى، والفصل فيها موكول لقاضي الموضوع بلا معقب عليه من محكمة النقض مادام قضاؤه محمولاً على أسباب تسوغه"(١)، ويقول أيضًا: "إذا خفيت حالة الجنون على المحكمة فلم تتبينها من أوراق الدعوى ولم تلحظها على المتهم ولم يثرها الدفاع بدوره لجهله بها فقضت المحكمة بإدانة المتهم وأصبح الحكم نهائيًا"، ويقول: إنه إذا " ظهرت بعد ذلك أوراق تقطع بجنونه وقت ارتكاب الفعل فإنه يجوز للمحكوم عليه أن يلتمس إعادة النظر في الحكم القاضي بإدانته، وإذا تحققت محكمة النقض من صحة هذه الواقعة فإنه يتعين عليها إلغاء حكم الإدانة والقضاء ببراءة المتهم لامتناع مسئوليته"(٢).

رابعًا: التطبيق في درء الحدود بالشبهات

نصت المادة رقم (٤٦) من القانون نفسه: على أن "على القاضي عند نظر دعاوى الحدود استفصال المتهم عن جميع مسقطات الحد، ويبطل حكم الإدانة إذا ثبت أن القاضي لم يقم بذلك".

وبتطبيق هذا النصّ على قواعد الاستصحاب، والتي منها: قاعدة "**الأصل براءة الذمة**"، يمكن القول: إن القانون اليمني يشير بهذا النصّ إلى الأخذ بقاعدة: "**درء الحدود بالشبهات**" المبنية على أصل براءة الذمة.

---

(١) قانون العقوبات القسم العام، د.عوض محمد ٤٨١- ٤٨٢.

(٢) السابق ٤٨٤.

ووجه صلة درء الحدود بالشبهات بالاستصحاب وبأصل براءة الذمة واضح لا يخفى؛ لأنه إذا كان الأصل براءة الذمة، وإذا كان هذا الأصل واسعًا جدًا يشمل براءة الإنسان ممَّا نسب إليه، وبراءته من أخذ ماله أو الاعتداء عليه بالضرب أو السجن أو الجرح أو القصاص، وبراءته من تحميله الديات وبراءته من الحدود إلا بدليل – إذا كان ذلك هو الأصل – فإن قاعدة: "**درء الحدود بالشبهات**" فيها تطبيق واضح لمبدأ افتراض البراءة، فكل شك في إثبات الجريمة يتعين أن يفسر لمصلحة المتهم، عملاً بالأصل العام المتمثل في البراءة، ولذلك فإن الأحكام الصادرة بالإدانة ينبغي أن تبنى على الجزم واليقين، لا على الظن والاحتمال[1].

وقاعدة درء الحدود بالشبهات من القواعد الثابتة في الفقه الإسلامي، وهي مؤيدة لأصل العدم، ولأصل براءة الذمة، ناهيك عن أنَّ هذه القاعدة مؤيَّدة بقول الرسول ﷺ: «**ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ...**»[2].

ومن الملاحظ أن قاعدة: "**الأصل براءة الذمة**" لا تنحصر في مجال معين، فمجال هذا الأصل واسع، وهذا ما وضحه العز بن عبد السلام بقوله: "**الأصل براءة ذمته (أي الشخص) من الحقوق، وبراءة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات، وبراءته من الانتساب إلى شخص معين، ومن الأقوال كلها، والأفعال بأسرها**"[3]؛ ولهذا فإن أصالة براءة الذمة له مجال واسع في عقوبات الحدود والقصاص والتعازير.

خامسًا: التطبيق في القصاص

نصت المادة رقم (٢٣٤) من القانون نفسه على أنَّ: "من قتل نفسًا معصومة عمدًا يعاقب بالإعدام قصاصًا، إلا أن يعفو ولي الدم...".

---

(١) مبدأ الشرعيَّة الجنائيَّة، د. عصام عفيفي، ١٢٠.

(٢) الحديث سبق تخريجه، ص١٢٣، ١٢٤ من هذا البحث.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ٢/٢١.

وكانت المادة رقم(٦٣) من نفس القانون قد نصَّت على أنَّ: "العفو من أحد الورثة يسقط القصاص... ولا يسقط حقه في ذلك إلا بعفو صريح منه".

وبتطبيق قواعد الاستصحاب على النَّصّ القانوني الأول الذي قرر القصاص لمن قتل نفسًا معصومة عمدًا، يمكن القول: إنه لمَّا كان "**الأصل في الدماء الحرمة**"(١) ولَمَّا كان "**الأصل والغالب دوام السلامة**"(٢) فإن المساس ببدن الإنسان بإزهاق روحه بغير حق مخالفٌ لهذين الأصلين ومخالفًا أيضًا لأصل براءة الذمة؛ ولهذا فإن الاعتداء من الجاني على غيره بإزهاق روحه يتطلب عقاب الجاني بالقصاص.

وتطبيقًا لقاعدة: "**اليقين لا يزول الشك**" على النَّصّ القانوني الثاني يمكن القول: إنَّ العفو عن القصاص عن الجاني إذا صدر من أحد أولياء دم المجنيّ عليه لا يعتبر إلا إذا كان عفوًا صريحًا مزيلاً للشك واللّبس والغموض، لأن: "**الصَّريح الثابت بيقين لا يترك إلا بمثله**"(٣).

سادسًا: التطبيق في الحدود

جرائم الحدود لها عقوبات ولها مسقطات، وستقتصر الدراسة هنا على التمثيل لتطبيق قواعد الاستصحاب في بعض عقوبات جرائم الحدود، وذلك كما يلي:-

١ - التطبيق في حد الرِّدَّة

نصت المادة رقم (٢٥٩) من القانون ذاته على أن: "كلّ من ارتد عن دين الإسلام يعاقب بالإعدام بعد الاستتابة ثلاثًا وإمهاله ثلاثين يومًا، ويعتبر ردة الجهر

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٥/٢٨.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٤٠.

(٣) المغني، لابن قدامه، ٨/١٦١.

بأقوال أو أفعال تتنافى مع قواعد الإسلام وأركانه عن عمد أو إصرار، فإذا لم يثبت العمد أو الإصرار وأبدى الجاني التوبة فلا عقاب".

وبتطبيق قواعد الاستصحاب على هذا النصّ يمكن القول: إنّ من القواعد المبنية على قواعد الاستصحاب: قاعدة "**الحدود لا تقام إلا بالبيّنة**"[1]، أي أن الحدود لا تقام إلا ببينة تثبت ارتكاب الشخص جريمة من جرائم الحدود، وبتطبيق ذلك على حد الرِّدَّة يتضح أن قتل المرتد لا يتم إلا بعد إثبات العمد أو الإصرار على الرِّدَّة؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهة، ولأن الأصل براءة الذمة؛ ولذلك فإنه يحكم بإسلام المتهم بالرِّدَّة إذا أنكرها وأقر بالشهادتين[2]؛ لعدم الإصرار على الارتداد، ولأن ذمته بريئة ممًا اتهم به، ولأن الأصل عصمة الدم فيستصحب هذا الأصل إلى أن يثبت ما يخالفه، وبناء على ذلك فإن من اتهم بالرِّدَّة وحصل الشك في حقيقة ردته، أو أقر بالشهادتين بعد الرِّدَّة دفعًا لما اتُهِمَ به فإنه يحكم بإسلامه، ولا يعمل بالتردد والشك القائم حول ردته؛ لأن الشهادتين يثبت بهما الإسلام ابتداء، فكذلك يثبت بهما رجوع المرتد عن الرِّدَّة [3].

٢ – التطبيق في حد القذف

نصت المادة رقم (٢٨٩) من نفس القانون على أن: "كلّ من قذف محصنا بالزنى أو بنفي النسب وعجز عن إثبات ما رماه به يعاقب بالجلد ثمانين جلدة حدًّا".

وبتطبيق قواعد الاستصحاب على هذا النص، والتي منها: "**الأصل براءة الذمة**"، يمكن القول: إن معاقبة القاذف بالجلد ثمانين جلدة حدًّا يفيد تحريم الزيادة على الثمانين؛ لقوله تعالى: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾[4] ولأن أصالة براءة الذمة يقتضي

---

(١) السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ١٥٣.

(٢) المنثور في القواعد، للزركشي، ٤٥/٢.

(٣) السابق، الجزء نفسه الصفحة نفسها.

(٤) من الآية ٤ من سورة النور.

أصالة براءة ذمة القاذف من الزيادة على أكثر من ثمانين جلدة، ويعضده أن "**الأصل حرمة المسلم وتحريم ضربه**"[1]، فإذا كان الأصل هو تحريم الضرب فإن الزيادة في الجلد على ما هو مقرر محرم من باب أولى.

وقد تفرع عن قاعدة: "**الأصل براءة الذمة**" قاعدة أخرى خاصة بحد القذف هي: "**أن الأصل براءة ذمة القاذف**"[2]؛ ولذلك فإن حد القذف لا يقام على القاذف إلا إذا أُثبت القذف من قبل المقذوف، فإن لم يُثبت ذلك فإن ذمة القاذف بريئة من حد القذف بحكم الأصل.

---

(١) أصول الفقه المسمى إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٢٥٠.

(٢) المغني، لابن قدامة، ٢٢٩/٨.

المبحث التاسع

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد بالاستصحاب في قانون الجرائم والعقوبات اليمني

من خلال ما سبق عرضه لقواعد الاستصحاب ولبعض تطبيقاتها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني يمكن استخلاص بعض أوجه الإفادة في قانون الجرائم والعقوبات اليمني، ومنها ما يلي:-

أولاً: أن هذه القواعد تفيد القاضي في التطبيق السليم لنصوص التجريم والعقاب.

لماً كان مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يقتضي أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون فإن مؤدى ذلك أن الأحكام القضائية يجب أن تكون مستندة إلى نص يحدد الفعل المجرَّم ويبين عقوبته، وفي هذا يقول محمد أبو زهرة: "وإن هذا الأصل (يقصد الاستصحاب) يتفق مع المقررات الحديثة في العلم الجنائي من أن الإباحة ثابتة لا تحريم فيها للأفعال حتى يجيء النَّصّ القانوني الذي يحرِّم الفعل وينص على العقاب"[1]؛ ولذلك فإن البراءة الأصلية تكون ثابتة إذا وقع من شخص فعل غير محرَّم فإن فَعَله فإنه لا يكون موضع عقاب إذ الإباحة الأصلية قائمة[2].

ثانيًا: أنّ هذه القواعد تفيد القاضي في وجوب الأخذ بدفع العقوبات بالشبهات.

وهذا واضح من أثر الشبهات في دفع العقوبات، فللقاضي أن يأخذ بالاستصحاب في دفع العقوبات ومنع ثبوتها بسبب الشبهات، لِماَ في العقوبات من أذى يصيب الشخص، ولأن درء العقوبات بالشبهات أهون من إيقاعها بدون يقين.

ثالثًا: أن هذه القواعد تفيد في استقرار أحكام القانون

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي(الجريمة)، ١٨١.

(٢) السابق، ١٨٣.

وهذا واضح من خلال استصحاب العلم بأحكام القانون وعدم الجهل بها بعد إصدارها وإبلاغها؛ ولذلك لا عقاب إلا بإعلام[١]، وتطبيقًا لذلك فإن من نشأ في دار الإسلام بين المسلمين ثم زنا – مثلا – وادعى الجهل بتحريم الزنى فإنه لا يقبل قوله؛ لأن الظاهر يكذبه حيث من شأن نشأته في دار الإسلام أن يكون عارفًا للأشياء المحرمة من غير المحرمة[٢]، ولأن من شأن قبول الاحتجاج بالجهل بأحكام الإسلام أن يؤدي إلى عدم احترام تلك الأحكام وإبطالها، وبالتالي تحل الفوضى وشريعة الغاب محل الاستقرار وحفظ الحقوق.

رابعًا: أنّ هذه القواعد تفيد القاضي في الأخذ بالاحتياط في تقرير العقوبات.

ومعنى ذلك: أن إعمال القاضي لقواعد الاستصحاب يجنبه التسرع في إصدار العقوبات لا سيما عند الاختلاف الشديد بين المدعي والمدعى عليه مع وجود أصل يشهد لكل منهما، وذلك كأن يجني شخص على آخر في عضو من أعضائه، ثم يدعي المجني عليه سلامة العضو، وينكر الجاني سلامة ذلك العضو، فللقاضي في رفع الخلاف بينهما أن يأخذ بالاستصحاب حيث ينظر إلى قول المجني عليه بإدعائه سلامة العضو المجني عليه على اعتبار أن الظاهر سلامة الأعضاء في الناس[٣] وأن هذا هو الغالب[٤]، وينظر إلى قول الجاني في عدم سلامة عضو المجني عليه إلى أن الأصل براءة الذمة فتكون ذمة الجاني بريئة من القصاص منه في ذلك العضو؛ ولذلك يأخذ القاضي باستصحاب أصل براءة الذمة من القصاص فيحتاط ويأخذ بقول الجاني في عدم سلامة عضو المجني عليه؛ لأن الأصل براءة الذمة[٥]، ولا شك أن هذه القواعد المستصحبة لا تكون إلا عند انعدام البرهان من أي من الطرفين؛ لأن

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي(الجريمة)، محمد أبو زهرة، ١٨١.
(٢) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٣٧١، ٣٧٤.
(٣) تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٥٤؛ قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ٣٧/٢.
(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ٣٧/٢.
(٥) السابق، ٢/ ٣٦، ٣٧.

استصحاب الحال من أضعف البيّنات[1]، إلا أنه لمّا كان الجاني غير منكر لأصل الجناية وهو مدعى عليه بالجناية على عضو سليم والأصل براءة ذمته فإن المدعي وهو المجني عليه يقع عليه كلفة إثبات سلامة عضوه المجني عليه، إذ من حق الجاني أن يدافع عن نفسه، ولذلك فإنه يدفع عن نفسه القصاص في العضو، ولكنه يكون ضامنًا للجناية[2]؛ لأنه لا ينكّرها وإنما ينكر سلامة عضو المجني عليه، ولذلك يسقط القصاص لعدم اليقين الدال على أن عضو المجني عليه كان سليمًا وقت الجناية.

خامسًا: أن هذه القواعد تفيد في تثبت القاضي من انطباق النّصّ القانوني على الواقعة المعروضة أمامه.

لمّا كان من المعلوم أن العقوبة تكون بقدر الجريمة، ولمّا كان من المعلوم أيضًا أن العقوبة تكون مستندة إلى إدانة للشخص بجريمة من الجرائم، فإنه يجب على القاضي أن يتحرى من حقيقة الجرم المنسوب إلى المتهم، ويمكنه الإفادة من قواعد الاستصحاب في هذا الجانب من خلال إعمال اليقين في أن الواقعة المنظورة أمامه ينطبق عليها النّصّ القانوني الموضح لأركان الجريمة ولعقوبتها، ومثال ذلك: ما نصّت عليه المادة رقم (٨٧) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني من أنه: "إذا وُجِد القتيل في موضع لا يختص به أحد أو أختص بأناس غير محصورين كانت الدية في بيت المال"، فإن القاضي بموجب هذا النّصّ لا يقضي بالدية على بيت المال إلا إذا تثبت من انطباق هذا النّصّ على الواقعة المعروضة أمامه، ولذلك فإنه يجب عليه التثبت من وجود واقعة قتل في موضع لا يختص به أحد كالصحاري، أو كانت واقعة القتل بين أناس غير محصورين، ولكن استصحابا لأصل براءة الذمة فإنه لا يقضي بالدية على بيت المال إلا بعد التثبت من وجود قتيل، وبموجب هذا الاستصحاب فإن

---

(١) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٧٧/١.

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٣٦٦.

وجود الشخص ميتًا غرقًا في ماء، أو مترديًا من شاهق - مثلا - وليس به أثر القتل، بجرح، ونحوه، لا يترتب عليه دية من بيت المال، لجواز أن يكون مات حتف أنفه، ولأن كلاً من الغرق في الماء والسقوط من شاهق قاتل بنفسه فيجوز أن يكون الشخص قد سقط في الماء من ذات نفسه فغرق، أو يكون قد سقط من شاهق فمات، ولأن الأصل براءة الذمة[1]، ولأن في الحكم بالدية من بيت المال - بدون وجود أثر للقتل أو الجرح في الشخص - إهدار لأموال المسلمين - ولذلك كله - لا بد من إعمال اليقين وذلك بالتحقق من أن الشخص الذي يحكم بديته من بيت المال قد وجد مقتولاً أو به آثار جرح.

ومثال ذلك أيضًا: ما نصَّت عليه المادة رقم (٢٥٩) من نفس القانون، من أن: "كلّ من ارتد عن دين الإسلام يعاقب بالإعدام بعد الاستتابة ثلاثًا وإمهاله ثلاثين يومًا، ويعتبر ردة: الجهر بأقوال أو أفعال تتنافى مع قواعد الإسلام وأركانه عن عمد أو إصرار، فإذا لم يثبت العمد أو الإصرار وأبدى الجاني التوبة فلا عقاب"، فهذا النصّ لا يمكن للقاضي تطبيقه على واقعة الرِّدَّة إلا بعد تثبته من تحقق الرِّدَّة من المرتد عن عمد أو إصرار، ولكن استصحاب القاضي لليقين في الرِّدَّة وطرح الشكوك القائمة حولها يقتضي منه البحث عن حقيقة الرِّدَّة؛ ذلك أن المرتد قد يتلفظ بألفاظ لا يعرف معناها أي أنه يجب على القاضي مراجعة المرتد في معرفة مقصوده من الألفاظ؛ لأن الألفاظ المحتملة لا بد فيها من مراجعة اللافظ[2]، ولأن تيقن القاضي من الرِّدَّة وطرح الشكوك قائم على استصحاب براءة الذمة[3]، وقد نقل عن الإمام الشافعي قوله: إنه إذا اتهم شخص بالرِّدَّة، ثم أقر بالشهادتين، فإن ذمته بريئة ممَّا اتهم به، ومن كل ما يخالف أصل براءتها، ولذلك يحكم بإسلامه[4].

(١) التاج المذهب لأحكام المذهب، للعنسي، ٣٤٧/٤.

(٢) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢٤١/٢.

(٣) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٤) السابق، ٤٥/٢.

وممّا يعين القاضي على الوصول إلى اليقين في هذه الواقعة: هو استصحاب أصل عصمة الدم[1] إلى أن يثبت خلاف ذلك، وبناءً عليه فإن من اتهم بالرِّدَّة وحصل الشك في حقيقة ردته فإنه – إن أقر بالشهادتين دفعًا لما اتهم به – يحكم بإسلامه، ولا يعمل بالتردد والشك القائم حول ردته.

ومن خلال هذا كله يتبين أن وجه إفادة القاضي من استصحاب أصل الحياة وأصل عصمة الدماء في اتهام المرتد بالرِّدَّة يتمثل في أن هذا الاستصحاب قائم على أساس أن الله تعالى خلق الناس معصومي الدماء، فلا يباح دم الإنسان إلاّ بدليل، وحيث إنَّ ثبوت الرِّدَّة يقتضي العقاب بالقتل، فإن هذه العقوبة لا تثبت إلا بيقين من وقوع الرِّدَّة، وإلا فإن الأصل الحياة وعصمة الدم.

---

(١) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٤٥؛ القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٣٦٧.

الباب الرابع

بعض القواعد الأصولية والفقهية في مقاصد المكلّفين والمقاصد التشريعيَّة والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن

ويشتمل على: -

تمهيـــــــد: تقسيم المقاصد إلى مقاصد تشريعية ومقاصد للمكلفين.

الفصل الأول: القواعد الفقهية في مقاصد المكلّفين والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

الفصل الثاني: القواعد الأصولية والفقهية في المقاصد التشريعيَّة والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

تقسيم المقاصد إلى مقاصد تشريعية ومقاصد للمكلفين

تنقسم المقاصد إلى: مقاصد الشرع، ومقاصـــد المكلّفــين[1]، وفيمـــا يلـــي توضيح لكلّ من القسمين: –

أولا: مقاصد الشارع

١ – تعريف مقاصد الشريعة

قال الغزالي: "مقصود الشرع من الخلق خمسة، وهو: أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة"[2]، ومعنى هذا: أن المقصد العام من التشريع هو حفظ نظام الأمة واستدامة صلاح هذا النظام بصلاح الإنسان في عقله وعمله وإزالة الفساد في تصاريف أعمال الناس.

وقال ابن عاشور: "مقاصد الشريعة العامّة هي المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها، بحيث لا تختص ملاحظتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة وغايتها العامّة والمعاني التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها، ويدخل في هذا أيضـًا: معانٍ من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها"[3]، أي أن المقاصد التي قصدها الشارع بوضعه الشريعة تتمثل إجمالا في جلب المصالح

---

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، لمحمد الطاهر بن عاشور، ١٤٢-١٤٣.

(٢) المستصفى، ٢١٧/١.

(٣) مقاصد الشريعة الإسلامية، ٤٨.

ودرء المفاسد في الدارين[1]، وبذلك يدخل في مقاصد الشرع كل حكمة روعيت في تشريع أحكام تصرفات الناس، مثل: قصد إقامة نظام المنزل والعائلة في عقد النكاح، ودفع الضرر المستدام في مشروعية الطلاق.

والمقاصد التي نرمي إليها من وراء هذه الدراسة هي مقاصد الشارع من التشريع، ذلك أن مقاصد الشريعة التي ترمي إلى تحقيقها قد تكون مقاصد للخالق من الخلق، وقد تكون مقاصد للشارع من التشريع[2]، فمقاصد الخالق من الخلق هي أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئًا، كما دل على ذلك قوله تعالى: ﴿ وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ ۝٥٦ ﴾[3]، وإذا قصد الخالق من الخلق أن يعبدوه ولا يشركوا به شيئًا، فإنّ القصد لا يستلزم عودة ثمرة المقصود إلى القاصد، بل إن جميع ثمرات التكليف العاجلة والآجلة تعود إلى المكلّف، لأن الله غني عن العالمين، كما جاء في قوله تعالى: ﴿ ۞ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ أَنتُمُ ٱلْفُقَرَآءُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱللَّهُ هُوَ ٱلْغَنِيُّ ٱلْحَمِيدُ ۝١٥ ﴾[4].

فمقاصد هذه الدراسة تنصرف إلى مقاصد الشرع من التشريع، وهي التي سبق تعريفها، والتي تعني أيضًا: "الغاية التي يرمي إليها التشريع، والأسرار التي وضعها الشارع الحكيم عند كل حكم من الأحكام، وبذلك تكون الشريعة مستهدفة تحقيق مقصد عام، وهو إسعاد الأفراد والجماعة، وحفظ النظام، وتعمير الدنيا بكل ما يوصل إلى الخير والكمال الإنساني حتى تصير الدنيا مزرعة للآخرة، فيحظى

---

(١) الاجتهاد المقاصدي (حجيته-ضوابطه-مجالاته)الجزء الأول، د.نور الدين بن مختار الخادمي، كتاب الأمة، سلسلة دورية تصدر كل شهرين عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بقطر، العدد(٦٥) السنة(١٨) ط١، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م، ٥٣.

(٢) المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، د.يوسف حامد العالم- من إصدار المعهد العالمي للفكر الإسلامي-هيرندن-فرجينيا-الولايات المتحدة الأمريكية-سلسلة الرسائل الجامعية(٥) ط٢،١٤١٤هـ-١٩٩٣م، دار الأمان، الرباط- المغرب،٨٢.

(٣) الآية ٥٦ من سورة الذاريات.

(٤) الآية ١٥ من سورة فاطر.

الإنسان بسعادة الدارين"[1].

٢ – مراتب مقاصد الشرع

إذا كان مقصود الشرع بالتكاليف هو صلاح الخلق بحفظ دينهم، وأنفسهم، وأعراضهم، ونسلهم، وعقولهم، وأموالهم، فإن حفظ هذه الأمور ليس في مرتبة واحدة، بل هو مراتب تقسم مقاصد الشرع على أساسها، وهذه المقاصد لا تعدو ثلاث مراتب[2]، هي:ــ

المرتبة الأولى: الضرورات، وهي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والنسل، والمال، وهي أقوى المراتب في المصالح؛ ولذلك شُرِع قتل المرتد حفظًا للدين، وشرع القصاص في القتل حفظًا للنفوس، وشُرِع حد الشرب حفظًا للعقول التي هي ملاك التكليف، وشرع حد الزنى حفظًا للنسل والأنساب، وشرع حد القذف صيانة للأعراض، وشرع حد السرقة حفظًا للأموال التي هي معاش الخلق وهم مضطرون إليها، ولذلك فإن هذه المرتبة تسمى بالضرورية – أيضًا – بمعنى "أنه لا بد منها في قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فُقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة؛ بل على فساد وتهارج وفوت الحياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين"[3].

المرتبة الثانية: الحاجيات، وتعني: "أنها مُفتَقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل

---

(١) المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، د.يوسف حامد العالم، ٨٣.

(٢) انظر في هذه المراتب: [المستصفى، للغزالي، ١/٢١٧؛ منهاج الوصول، للبيضاوي، مع شرحه الإبهاج، لتاج الدين السبكي، ٣/٥٩ –٦١؛ الموافقات، للشاطبي، ٢٢١–٢٢٦؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/١٨٦–١٨٨].

(٣) الموافقات، للشاطبي، ٢٢١.

على المكلّفين على الجملة[1] الحرج والمشقة ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد الغادي المتوقع في المصالح العامّة"[2]، ومن أمثلتها: تسليط الولي على تزويج الصغيرة والصغير، فذلك لا ضرورة إليه، لكنه محتاج إليه في اقتناء المصالح واستغنامًا للصلاح المنتظر في المستقبل، وليس هذا كتسليط الولي على تربية الصغير وإرضاعه وشراء الملبوس والمطعوم لأجله، فإنّ ذلك ضرورة لمصلحة الصغير، أما النكاح في حال الصغر فيحتاج إليه لصلاح المعيشة باشتباك العشائر والتظاهر بالأصهار وأمور من هذا القبيل لا ضرورة لها ولكن تدعو الحاجة إليها[3].

المرتبة الثالثة: التحسينات، ويقصد بها: "الأخذ بما يليق من محاسن العادات وتجنب الأحوال المدنسات التي تأنفها العقول الراجحات، ويجمع ذلك قسم مكارم الأخلاق"[4]، فهذه المرتبة لا ترجع إلى ضرورة ولا إلى حاجة، ولكنها تقع موقع التحسين والتزيين والتيسير ورعاية لأحسن المناهج في العادات والمعاملات، كآداب الأكل وسننه، وهذه المرتبة لا يؤدي تركها غالبًا إلى الضيق والمشقة[5]، وقليل الأمثلة في هذه المراتب يدلّ على ما سواها.

ومقاصد الشريعة، تسمى أيضًا: "المناسبة"[6]، لمَا بين المسميات من اتحاد المعنى؛ لأن مقاصد الشريعة تعني – كما سبق القول –: مقصود الشرع من الخلق بحفظ صلاحهم، والمناسبة تحمل هذا المعنى، إذ المناسب: ما يجلب للإنسان نفعًا أو يدفع عنه ضررًا[7].

---

(١) أي ليس كل المكلّفين يدخل عليه الحرج بفقد هذه الحاجيات.

(٢) الموافقات، للشاطبي، ٢٢٢.

(٣) المستصفى، للغزالي، ٢١٧/١.

(٤) الموافقات، للشاطبي، ٢٢٣.

(٥) الموافقات، للشاطبي، ٢٢٣؛ الاجتهاد المقاصدي (حجيته-ضوابطه-مجالاته)، د.نور الدين الخادمي، ٥٤/١.

(٦) إرشاد الفحول، للشوكاني، ١٨٢/٢.

(٧) المنهاج، للبيضاوي، ٥٩/٣.

٣ – **ضوابط مقاصد الشريعة**.

لمقاصد الشريعة ضوابط[١]، منها: –

١– **الثبوت**: وهو أن تكون المعاني والحكم الملحوظة للشارع مجزومًا بتحققها، أو مظنونًا بتحقيقها ظنًا قريبًا من الجزم.

٢– **الظهور**: وهو أن تكون تلك المعاني واضحة، مثل حفظ النسب، فهو معنى ظاهر مقصود من مشروعية النكاح، ولا يلتبس بهذا المعنى الواضح الحمل الذي يأتي من الزنى.

٣– **الانضباط**: وهو أن يكون للمعنى حد معتبر لا يتجاوزه ولا يقصر عنه؛ مثل حفظ العقل الذي هو المقصود من مشروعية التعزير بالضرب عند الإسكار.

٤– **الاطّراد**: وهو أن لا يكون المعنى مختلفًا باختلاف أحوال الأقطار والقبائل والأزمان؛ مثل القدرة على الإنفاق في تحقيق الملاءمة للمعاشرة في النكاح.

فبمثل هذه المعاني يحصل اليقين بأنها مقاصد شرعية.

ومن مقاصد الشريعة: السماحة واليسر، كما أن من مقاصدها: حفظ نظام الأمة وصلاح نوع الإنسان، وهو ما يعني أن الشريعة متطلبة لجلب المصالح ودرء المفاسد، وهذا ما ستتناوله الدراسة في الفصل الثاني من هذا الباب، ولكن بعد دراسة قواعد مقاصد المكلّفين في الفصل الأول.

ثانيًا: مقاصد المكلّفين

مقاصد المكلّفين هي: المعاني التي لأجلها تعاقد الناس، أو تعاطوا، أو تغارموا، أو تقاضوا، أو تصالحوا؛ ولذلك تسمى مقاصد المكلّفين بمقاصد الناس من تصرفاتهم[٢]، وهذه المقاصد تفرق بين صحة الفعل وفساده، وبين التعبد والمعاملة، وبين ما هو ديانة وما هو قضاء[٣].

---

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، لمحمد الطاهر بن عاشور، ٥١.

(٢) السابق، ١٤٣.

(٣) الاجتهاد المقاصدي(حجيته–ضوابطه–مجالاته) د.نور الدين الخادمي، ١/٥٣.

الفصل الأول

القواعد الفقهية في مقاصد المكلّفين والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن

ويشتمل على: –

المبحث الأول: القاعدة الكبرى في اعتبار مقاصد المكلّفين في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني.

المبحث الثاني: القواعد ذوات الصلة بالقاعدة الكبرى في اعتبار مقاصد المكلّفين في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني.

المبحث الثالث: أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد مقاصد المكلّفين واعتبارها في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني.

المبحث الرابع: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قواعد مقاصد المكلّفين وتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني.

المبحث الخامس: أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد مقاصد المكلّفين واعتبارها في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني.

المبحث السادس: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قواعد مقاصد المكلّفين وتطبيقاتها في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني.

المبحث السابع: أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد مقاصد المكلّفين واعتبارها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

المبحث الثامن: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قواعد مقاصد المكلّفين وتطبيقاتها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

المبحث الأول

القاعدةالكبرى في اعتبار مقاصدالمكلّفين في الشريعةالإسلامية وفي القانون اليمني

أولاً: القاعدة الكبرى في اعتبار مقاصد المكلّفين في الشريعة الإسلامية

تقتضي دراسة القاعدة الكبرى في اعتبار مقاصد المكلّفين ذكر منطوقها ومفهومها وأصلها، وذلك على النحو التالي:-

١- منطوق القاعدة

منطوق القاعدة الكبرى في اعتبار مقاصد المكلّفين في كافة تصرفاتهم هو: "**الأمور بمقاصدها**"[١]، وهو منطوق مشهور لدى العلماء، وهي قاعدة كبرى لشمولها - فهي تدخل في العبادات وغيرها - ولتعلقها بالنيّات - فالنيّة تدخل في أبواب الفقه كافة[٢]، وفي هذا يقول السيوطي: "اعلم أنه قد تواتر النقل عن الأئمة في تعظيم قدر حديث النيّة."[٣]، وحديث النيّة الذي يعتبر أساسا لقاعدة "**الأمور بمقاصدها**" هو قول الرسول ﷺ: «**إنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ...**»[٤]، فهذا الحديث يعتبر في حد ذاته قاعدة عامة، لأنه من جوامع الكلم[٥]، ومعنى جوامع الكلم: أن يتكلم الرسول بكلمة فقهية جامعة "فإنه ﷺ يأتي بالكلمة الجامعة وهي قاعدة عامة وقضية كلية تجمع أنواعًا

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢٢؛ القواعد، للحصني، ٢٠٨/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٣٥/١؛ الفرائد البهية نظم القواعد الفقهية، للسيد أبي بكر الأهدل اليمني الشافعي، بهامش الأشباه والنظائر، للسيوطي، طبعة دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ٣٥؛ مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم(٢) [درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، لعلي حيدر، ١٧/١].

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٣٦/١-٤٠.

(٣) السابق، ٣٦/١.

(٤) الحديث سبق تخريجه ص١٢٥ من هذا البحث.

(٥) السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ٥٩؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢٥٥/١.

وأفرادًا"(١).

٢- معنى القاعدة

القاعدة إجمالا تعني: أن الأمور مرتبطة بمقاصدها، وأما تفصيلاً: فإنّ القاعدة تتكون من جزءين هما: كلمة: "الأمور"، وكلمة: "مقاصدها".

فالمراد بالأمور: القول والفعل باعتبارهما من عمل الجوارح، فكما أن الفعل من عمل الجوارح فكذلك القول؛ لأنه ينشأ من جارحة اللسان(٢)، وبذلك تكون الأمور شاملة للأقوال والأفعال، كما تشمل الاعتقادات(٣) أيضًا، ونظرًا لشمول معنى الأمور في القاعدة فإن الأمور يراد بها: الأعمال؛ لأن الأعمال إما مأمورات وإما محظورات، والعمل قد يكون ظاهرًا وقد يكون قصدًا بالقلب، أما قصد القلب فهو النيَّة، وأما العمل الظاهر فهو المشروع الموافق للشرع(٤).

والمراد بالمقاصد في القاعدة: مقاصد الناس وتصرفاتهم، وهي: "المعاني التي لأجلها تعاقدوا، أو تعاطوا، أو تغارموا، أو تقاضوا، أو تصالحوا"(٥)، وليس المراد بالمقاصد في القاعدة مقاصد التشريع العامَّة التي يدخل فيها غاية التشريع وحِكَمه، فالمقاصد في القاعدة يراد بها: إتيان الشيء والتوجه إليه؛ لأن النيَّة قصد(٦)،

---

(١) إعلام الموقعين، لابن القيم، ١/٢٥٥.

(٢) إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ٦٣؛ المواهب السنية، لعبد الله بن سليمان الجرهزي الشافعي شرح الفرائد البهية نظم القواعد الفقهية، للسيد أبي بكر الأهدل اليمني الشافعي- بهامش الأشباه والنظائر، للسيوطي- طبع دار الفكر، ٣٠، ٣٧؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، لعلي حيدر، ١/١٧.

(٣) قاعدة الأمور بمقاصدها(دراسة نظرية وتأصيلية) د. يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، ط١، ١٤١٩هـ -١٩٩٩م، ٢٥.

(٤) الحلال والحرام وبعض قواعدهما في المعاملات المالية، لابن تيمية، ٣١.

(٥) مقاصد الشريعة الإسلامية، لمحمد الطاهر بن عاشور، ١٤٢

(٦) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١/١٤٥؛ تحرير التنبيه، للنووي، ٣٨؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٧١؛ الحلال والحرام وبعض قواعدهما في المعاملات المالية، لابن تيمية، ٣١.

فهي: "الإرادة المتوجهة نحو الفعل"[1]، وهي أيضًا: "ربط القصد بمقصود معيّن، والمشهور أنها مطلق القصد إلى الفعل"[2]، ونظرًا لشهرة هذا المعنى فإن النِّيَّة شرعًا: "قصد الشيء مقترنًا بفعله"[3]، أي أن القصد يعني التوجه للفعل؛ لأن "حقيقة النِّيَّة القصد إلى الفعل... والنِّيَّة إذا أُطلِقت في الغالب أريد بها انبعاث للقصد (هكذا ولعلها انبعاث القصد) موجها إلى ذلك الغرض"[4]؛ ولذلك فإن القصد هو التوجه لغرض معين، سواء كان ذلك الغرض قولا أو فعلاً؛ لأن الغرض هو الباعث على الشيء[5]، ولكن لمّا كانت أفعال الإنسان وأقواله لا تخلو من جلب منفعة أو دفع ضرر في الحال أو في المستقبل فإن القصد والتوجه في الغالب يكون متوجها لذلك الغرض من جلب نفع أو دفع ضر دنيوي أو أخروي، ولذلك قال البيضاوي في تعريف النِّيَّة: "النِّيَّة عبارة عن انبعاث القلب نحو ما يراه موافقا من جلب نفع أو دفع ضر حالاً أو مآلاً، والشرع خصه بالإرادة المتوجهة نحو الفعل لابتغاء رضا الله تعالى وامتثال حكمه"[6].

وإذا كان قد اتضح أن لكلمة: "الأمور" في قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" معنى واسعًا يشمل القول والفعل، وأن كلمة "المقاصد" في القاعدة تعني: إتيان الشيء والتوجه إليه، فإن القاعدة تعني: أن العبرة في أقوال المكلّفين وأفعالهم بالإرادة من تلك الأقوال والأفعال، وهذا المعنى للقاعدة لا يتناقض مع قول الحصني في معناها: "أن الاعتبار بحسب النِّيَّة"[7]؛ لأن النِّيَّة كما سبق القول هي معنًى للقصد، وقد فسرت

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢٤؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٧١.

(٢) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٣٥٥.

(٣) شرح الأربعين النووية، للنووي، ٨؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٣٥٥.

(٤) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٣٥٥.

(٥) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٦) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٧١.

(٧) القواعد، ١/١٠٨.

مجلة الأحكام العدلية قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" في المادة الثانية منها بقولها: "الأمور بمقاصدها يعني: أن الحكم الذي يترتب على أمر يكون على مقتضى ما هو المقصود من ذلك الأمر"[١] والأمر يشمل القول والفعل[٢]، فهذا المعنى واضح في ترتب الأحكام على حسب المقاصد والنوايا، أي أن القاعدة تعني – كما يقول الدكتور/ يوسف قاسم: "أن تقاس الأعمال والأقوال بمقياس النوايا الحسنة أو النيّة للفاعل أو القائل"[٣].

ومن المُلاحظ أن من الفقهاء[٤] من شرط لترتب الحكم على المقصود من القول والفعل أن يكون الشخص جازمًا بالمقصود وإلا لم يكن قصدًا، فإذا تعلق القصد بالعمل تعلقت به الأحكام، وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها؛ كفعل المجنون، ولهذا الشرط وجاهته؛ إذ الأفعال والأقوال قد تصدر من الشخص ولكنه قد لا يكون قاصدا لها، وذلك لوقوعه تحت ظرف قاهر – كالإكراه مثلا – فقد يتلفظ الشخص بكلمة الكفر تحت الإكراه وهو غير قاصد لها، ولذلك كله فإن المقاصد في القاعدة يراد بها: مقاصد المكلّفين لمَا يصدر عنهم من الأفعال والتصرفات؛ باعتبار أن قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" قاعدة كلية عامة في كل التصرفات[٥].

وبناء عليه فإن مقاصد الأمور هي: الدوافع والدواعي التي تجعل المكلّف يتجه – بما يصدر عنه – إليها[٦]؛ ولذلك فإن الأحكام الشرعيَّة المترتبة على أعمال الإنسان وتصرفاته القولية والفعلية تخضع لمقصوده الذي يقصده منها، دون ظاهر العمل أو القول وحده[٧].

---

(١) انظر: [درر الحكام، لعلي حيدر، ١/١٧].

(٢) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة

(٣) مبادئ الفقه الإسلامي، ٢١٠.

(٤) الموافقات، للشاطبي، ٣/٤١٣؛ القواعد، للحصني، ١/٢٣٢

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته. د.وهبة الزحيلي،١/١٥٨، ١٦١

(٦) قاعدة الأمور بمقاصدها، د.يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، ٢٨

(٧) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، ١/١٥٩

٣- أصل القاعدة

لماّ كانت القاعدة تتعلق بالنيّات والمقاصد فإن الأدلّة على الاعتداد بالنيّات واردة في الكتاب والسنة إضافة إلى الإجماع وما يقضي به العقل، وفيما يلي بعض تلك الأدلّة:-

أ – **من الكتاب**: من الآيات الدالة على الاعتداد بالنيّات والمقاصد: قوله تعالى ﴿وَمَآ أُمِرُوٓاْ إِلَّا لِيَعۡبُدُواْ ٱللَّهَ مُخۡلِصِينَ لَهُ ٱلدِّينَ ﴾(1)، فهذه الآية دليل على أن الإخلاص لا يتحقق إلا بالقصد والنيّة، وأن النيّة واجبة في التوحيد، فقد أمر الله تعالى عباده بعبادته، وذلك بإخلاص النيّة بتجريد العمل عن كل شيء إلا لوجهه(2).

ب – **من السنة**: من الأدلّة النبوية الدالة على أهمية المقاصد، وعلى كونها مقياسًا توزن به الأعمال لاستحقاق الثواب والعقاب قوله ﷺ: «**إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى**...» الحديث(3)، فهذا الحديث أصل في قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**"(4)؛ لصراحته في الدّلالة على معناها، فمعناه: "إنما صحة الأعمال بالنيَّات، أو: اعتبار الأعمال، ونحو ذلك"(5)، أو: "صحة الأعمال أو: ثوابها بالنيّات لا بدونها"(6)، أو: إنما حكم الأعمال بالنيّات(7)، فيشمل الحديث: "الأعمال التي تقع تارة طاعة وغير طاعة أخرى؛ بدليل ذكر الهجرة في سياق الحديث"(8)، ويفيد قوله ﷺ:

---

(1) من الآية رقم ٥ من سورة البيّنة.

(2) أحكام القرآن، لابن العربي، ١٩٧٠/٤.

(3) سبق تخريج الحديث ص١٢٥ من هذا البحث.

(4) القواعد، للحصني، ٢٠٨/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٣٥/١.

(5) القواعد، للحصني، ٢٠٨/١،

(6) تيسير التحرير، لأمير بادشاه، ١٠٢/١

(7) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٤.

(8) المنثور في القواعد، للزركشي، ٣٥٨/٢.

"وإنما لكل امرئٍ ما نوى":أن من نوى شيئا حصل له، وأن من لم ينو شيئًا لم يحصل له[1]؛ ولذلك فإن من عمل شيئًا ونوى به وجه الله تعالى فله ذلك، وإن نوى غير ذلك فله – أيضًا – ما نوى[2]، ومن هنا كان لهذا الحديث تعظيم لدى العلماء، حيث يدخل تحته مالا ينحصر من المسائل[3]، فالنِّيَّة هي مناط الثواب في الآخرة، وعلى أساسها يكون العمل مرضيًا عند الله تعالى أو مردودًا على صاحبه، وهذا ما ذكره النووي بقوله: "دلَّ الحديث على أن النِّيَّة معيار لتصحيح الأعمال، فحيث صلحت النِّيَّة صلح العمل، وحيث فسدت فسد العمل"[4]، وهذه الدّلالة واضحة من قوله ﷺ: "إنما الأعمال"، فلا يصح معنى الحديث إلا باقتضاء الصحة أو الكمال للأعمال، فالحديث يحتمل إما صحة الأعمال أو تصحيحها أو كمالها [5].

ج – **الإجماع:** يعتبر الإجماع من الأدلَّة على الاعتداد بالنيّات، وهذا ظاهر من خلال الإجماع على اشتراطها في العبادات[6]؛ كما أن اعتبار النِّيَّة في كثير من الأمور أمر ذكره العلماء في كتبهم من مختلف المذاهب الإسلامية[7].

---

(١) إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ٦٣

(٢) الإحكام، لابن حزم، ٧/٣٥٠

(٣) إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ٦٣، ٦٤.

يقول السيوطي عن تعظيم العلماء لحديث النِّيَّة "اعلم أنه قد تواتر النقل عن الأئمة في تعظيم قدر حديث النِّيَّة". انظر: [الأشباه والنظائر، ١/٣٦].

(٤) شرح الأربعين النووية، ٥

(٥) شرح الأربعين النووية، للنووي، ٧؛ إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ٦٣

(٦) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٤.

(٧) انظر في اعتبار النِّيَّة عند الحنفية: [تأسيس النظر، للدبوسي، ١٤٧؛ المختار، وشرحه: الاختيار، لابن مودود الموصلي، ١/ ٤٧، ٤٨، ٤/١٨، ١٩؛ التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، مطبوع مع تيسير التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر، ١/١١، ١٠٢؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢٢، الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٤؛ وانظر المادة رقم(٢) من مجلة الأحكام العدلية، وشرحها: درر الحكام، لعلي حيدر، ١/١٧]. وانظر عند المالكية: [الفروق الفقهية، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ٤٣، ٦٢؛ إحكام الفصول، للباجي، ٢/١٤٢٢؛ مذاهب

د – **المعقول**: للعقل مدخل في اعتبار النيّات والمقاصد في تصرفات الإنسان، فأفعال العقلاء الاختيارية تكون معتبرة عند صدورها عن قصد وإرادة، ولا تكون معتبرة عند صدورها عن غير اختيار للقصد والإرادة؛ ولذلك لا يؤاخذ من تلفّظ بكلمة الكفر من غير أن يكون قاصدًا لها[1].

ثانيًا: القاعدة الكبرى في اعتبار مقاصد المكلّفين في القانون اليمني

نصت المادة السادسة من القانون المدني اليمني رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م على القاعدة الكبرى في اعتبار مقاصد المكلّفين، بقولها: "**الأمور بمقاصدها**"، فهذا النصّ يتفق مع صيغة القاعدة في الشريعة الإسلامية التي وردت بهذا اللفظ، وهذا راجع إلى أن معظم مواد القانون اليمني مأخوذة من الشريعة الإسلامية، وهذا ما أكدت عليه المادة الأولى من هذا القانون حيث نصّت صراحة على هذا بقولها: "يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات

الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ٢٩٣؛ الفروق، للقرافي، ٢/٥٠-٥١؛ القواعد، للمقري، ١/٢٦٦؛ الموافقات، للشاطبي، ٤١٣؛ إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك؛ للونشريسي، ٧٩]. وانظر عند الشافعية: [قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١/١٤١، ١٤٥؛ تحرير التنبيه، للنووي، ٣٨؛ إحكام الأحكام، لابن دقيق العيد، ٦٣؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٣٥٥؛ القواعد، للحصني، ١/٢٠٨؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٥]. وانظر عند الحنابلة: [الحلال والحرام وبعض قواعدهما في المعاملات المالية، لابن تيمية، ٣١؛ السياسة الشرعيّة، للمؤلف نفسه، ٥٩؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٣/٤٨، ٨٢، ٨٤، ٨٩]. وانظر عند الزيدية: [أصول الفقه المسمى إجابة السائل، لابن الأمير، ٤١٢]. وانظر عند الإمامية: [الأصول من الكافي، لأبي جعفر محمد بن يعقوب الكليني (ت٣٢٨/٣٢٩) صححه وعلق عليه: علي أكبر الغفاري، دار الأضواء، بيروت – لبنان، ١٤٠٥هـ -١٩٨٥م، ٢/٨٤] وانظر عند الإباضية: [غاية المأمول، لمحمد بن شامس البطاشي، ١/٣٤٧؛ فصول الأصول: لخلفان بن جميل السيابي، ٣٥٨]. وانظر عند الظاهرية: [الإحكام، لابن حزم، ٧/٣٥٠].

(١) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٣/٤٨.

والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظا ومعنى..."، ولذلك يصح القول بأن معنى قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" في القانون اليمني هو نفس معناها في الشريعة الإسلامية، وهو أن مقاصد الإنسان معتبرة في تصرفاته، وهذا المعنى هو ما ذكرته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني التي اعتبرت قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" "أصلاً يدخل في المعاملات، ونحوها، ككنايات البيع، والهبة، والوقف، والقرض، والضمان، والإبراء، والحوالة، والوكالة، وتفويض القضاء،... ونحو ذلك كثير، فيعتبر فيه مقصد فاعله، وتصرف النيَّة (هكذا ولعلها وتعرف) والقصد في المعاملات بالقرائن المستنبطة من الظروف المحيطة بالعمل أو التصرف"[1].

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، الكتاب الأول، ١٣.

المبحث الثاني

القواعد ذوات الصلة بالقاعدة الكبرى في اعتبار مقاصد المكلّفين في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني

أولا: القواعد ذوات الصلة بالقاعدة الكبرى في اعتبار مقاصد المكلّفين في الشريعة الإسلامية.

لماَ كانت قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" تمثل القاعدة الكبرى في اعتبار مقاصد المكلّفين فإنه توجد قواعد أخرى في مقاصد المكلّفين، وهي على صلة بقاعدة "**الأمور بمقاصدها**"، وتتجه أكثر تلك القواعد إلى النِّيَّة، وبعضها يتّجه إلى أثر القصود في التصرفات والعقود؛ ولذلك فإنه يمكن تقسيم القواعد المتصلة بقاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" إلى قسمين: الأول: في قواعد النِّيَّة، والثاني: في القواعد المتعلّقة بأثر القصود في التصرفات والعقود؛ وذلك كما يلي: -

القسم الأول: القواعد المتعلّقة بالنِّيَّة وأقسامها

من القواعد المتعلّقة بالنِّيَّة وأقسامها ما يلي: -

١ - "**لا ثواب إلاّ بالنِّيَّة**": هذه القاعدة ذكرها ابن نجيم، وقال:"صَرَّحَ به (يقصد: الثواب) المشايخ في مواضع في الفقه، وهيَ تعني: أنه لا ثواب ولا عقاب إلا بالنِّيَّة، والثواب نوعان: أخروي وهو الثواب واستحقاق العقاب، ودنيوي وهو الصحة والفساد"[١]، إلاّ أن في كلام ابن نجيم ما يدل على أن المراد بالثواب في القاعدة هو الثواب والعقاب الأخروي، حيث قال: "وقد أريد الأخروي بالإجماع؛ للإجماع على أنه لا ثواب ولا عقاب إلا بالنِّيَّة، فانتفى الآخر أن يكون مرادًا..." [٢]، ولهذه القاعدة

---

(١) الأشباه والنظائر، ١٤.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

صلة بقاعدة "**الأمور بمقاصدها**" من جهة اشتراكهما في المعنى من حيث الحكم على الأعمال بحسب المقاصد والنيَّات والدوافع والأغراض.

٢ - "**لا عمل إلا بنية**"[١]: ومعناها: لا عمل صحيح (أو كامل) إلا بالنيَّة، لأن سلامة المعنى يقتضي تقدير نفي الصحة أو نفي الكمال[٢]، ولهذه القاعدة صلة بقاعدة "**الأمور بمقاصدها**" من جهة أنها تحمل نفس معناها لتقارب عبارتيهما.

٣ - "**أصل تشريع النيَّة لتمييز العبادة عن العادة**"[٣]: هذه القاعدة تُبيِّن ما شرعت النيَّة لأجله، وهو تمييز العبادات عن العادات؛ ومثال ذلك: الغسل، فإنه يتردد بين التنظيف والتبرد والعبادة، فالغسل قد يكون عبادة كالغسل من الحدث، وقد يكون للتنظيف وإزالة الأقذار، والإمساك عن المفطرات قد يكون حمية أو تداويًا وقد يكون عبادة، والجلوس في المسجد قد يكون للاستراحة وقد يكون للعبادة[٤]، وهذه القاعدة يضاف إليها أمر آخر لمَا شرعت النيَّة لأجله، وهو تمييز رتب العبادات بعضها عن بعض، وفي هذا يقول العز بن عبد السلام: "الغرض من النيَّات تمييز العبادات عن العادات أو تمييز رتب العبادات"[٥]، ويقول النووي: "شرعت النيَّة لتمييز العادة عن العبادة، أو لتمييز رتب العبادة بعضها عن بعض"[٦]، ولأهمية النيَّة في تمييز العبادات بعضها عن بعض وفي تمييز العبادات عن العادات صار هذا الأمر مقررًا كقاعدة من القواعد، فالمقري يقول: "قاعدة: **النيَّة في العبادات للتمييز والتقرب، وفي غيرها**

---

(١) أصول الفقه المسمى إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٤٢٦، الأصول من الكافي، للكليني، ٨٤/٢.

(٢) أصول الفقه المسمى إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٤٢٦.

(٣) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/ ٣٥٩

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢٤؛ شرح الأربعين النووية، للنووي، ٨؛ قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١٣٩/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٤١/١.

(٥) قواعد الأحكام، ١٣٩/١

(٦) شرح الأربعين النووية، ٨

للتمييز"[١].

ومثال تمييز النِّيَّة لرتب العبادات بعضها عن بعض: التيمم، فإنه قد يكون عن الحدث أو الجنابة وصورته واحدة، فشرعت النِّيَّة لتمييز رتب العبادات بعضها من بعض، كما أن من صلى أربع ركعات وقت الظهر لا يتميز قصده منها إلا بالنِّيَّة، فقد يقصد بها صلاة الظهر وقد يقصد بها صلاة السنة، فالمميز لبيان تلك العبادة من كونها فرضًا أو سنة هي النِّيَّة[٢]؛ ولهذا فإن النِّيَّة كما ترددت مقاصدها بين الفرض والسنة وبين العبادات والعادات، فإنه يجب تمييز ما يفعل فرضًا عماً يفعل سُنة عن طريق النِّيَّة، وبهذا يتضح وجه صلة هذه القاعدة بقاعدة: "**الأمور بمقاصدها**"، وهو أن هذه القاعدة تضبط سبب تشريع النِّيَّات.

٤ – "**من الأفعال ما تدخله النِّيَّة، ومنها ما لا تدخله**"[٣]: هذه القاعدة توضح أن من الأفعال ما لابد فيه من النِّيَّة كالعبادات، ومنها ما يفعله العبد ولا تشترط فيه النِّيَّة كرد الغصوب؛ لأن القصد من ذلك وصول الحق إلى مستحقه، وذلك حاصل بدون النِّيَّة[٤]، ولهذه القاعدة صلة بقاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" من جهة أن هذه القاعدة توضح أن هناك بعض الأمور لا يدخلها القصد والإرادة؛ لأن وقوع بعض الأفعال كاف في تحقيق المقصود بدون النِّيَّة؛ وهذا ما وضحه القرافي بقوله: "اعلم أن المأمورات قسمان: ما صورة فعله كافية في تحصيل مصلحته – كأداء الديون، ورد الغصوب، ودفع الودائع، ونفقات الزوجات والأقارب والدواب، ونحو ذلك – صورة

---

(١) القواعد، ٢٦٩/١. وانظر في تقرير هذه القاعدة: [الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢٤؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بقطر، ١٤٢٠هـ –١٩٩٩م، ٢٤٩/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٤٠/١].

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢٤؛ شرح الأربعين النووية، للنووي، ٨؛ قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١٣٩/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٤١/١.

(٣) شرح الأربعين النووية، للنووي؛ ٨ المنثور في القواعد، للزركشي، ٣٥٧/٢.

(٤) المنثور في القواعد، للزركشي، ٣٥٧/٢.

هذا الفعل تحصيل مقصوده وإن لم يحصل به التقرب. والقسم الآخر: لا يقع واجبًا إلا مع النِّيَّة والقصد – كالصلاة، والصيام، والحج، والطهارات، وجميع أنواع العبادات التي يشترط فيها النيِّات – فهذا القسم إذا وقع بغير نية لا يعتد به ولا يقع واجبا ولا يثاب عليه، وإذا وقع منويا على الوجه المشروع كان قابلا للثواب وهو سبب شرعي له من حيث الجملة"[1]، وهذا وارد أيضا عند المقَّري على هيئة قاعدة؛ حيث قال: "قاعدة: **كلّ ما كانت صورة فعله كافية في تحصيل مصلحته فإنه لا يفتقر إلى النِّيَّة**"[2]، ومعنى هذه القاعدة واضح من كلام القرافي.

القسم الثاني: القواعد المتعلّقة بأثر القصد في التصرفات والعقود

إذا كانت قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" تعني: أن الأحكام مبنية على مقاصد المكلّفين لما يصدر عنهم من أقوال أو أفعال، فإن القصد من الأقوال أو الأفعال قد يقترن بتصرف، وقد يكون هذا التصرف ظاهريًا أو غير ذلك، وقد لا يقترن القصد من الأقوال والأفعال بتصرف أصلاً، ومن هنا فإن الحكم الذي يترتب عليه القصد يختلف حكمه وجودًا وعدمًا، وهذا يعني أنه لابد من وجود ضابط يضبط التصرف الذي يترتب عليه الحكم من غير التصرف الذي لا يترتب عليه الحكم، ولكن من خلال تتبع بعض القواعد ذوات الصلة بالمقاصد والنيِّات يتّضح أن القصود التي يترتب عليها الحكم من عدمه يمكن ضبطها بقواعد عدة، وإن شئت قلت: إنَّ قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" تضبطها عدة قواعد، منها ما يلي:–

١– "**الفعل القلبي لا يحكم بوجوده إلا إذا ظهر على الجوارح**"[3]: هذه القاعدة تفيد أن القصد إذا لم يقترن بتصرف أو قول أو فعل ظاهري لا يترتب عليه أحكام شرعية، فلو طلّق شخص زوجته في قلبه، أو باع فرسه ولم ينطق بلسانه، فإنه لا يترتب على

---

(١) الفروق، ٢/٥٠–٥١.

(٢) القواعد، ١/٢٦٦. وقال القاضي عبد الوهاب البغدادي: "**ما كان طريقه المشاهدة، لا يفتقر إلى نية**". انظر: [الفروق الفقهية، ٤٣].

(٣) الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٢١.

ذلك الامر الباطني حكم؛ لان الاحكام الشرعيّة تتعلق بالظواهر[1].

٢- "**إذا اجتمع القصد والدّلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم**"[2]: هذه القاعد توضح أن قصد المكلّف من القول والفعل يترتب عليه الحكم إذا اقترن بتصرف ظاهري دال على المراد، ذلك أنّ الله تعالى من رحمته بعباده قد وضع الألفاظ بينهم لتعريف بعضهم بعضًا على ما في نفوسهم ودلالة على ذلك، فإذا أراد أحد الناس من الآخر شيئًا عرّفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم تترتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على مجرد ألفاظ لم يرد المتكلم معانيها ولم يحط بها علمًا، فمن رحمة الله تعالى أنه تجاوز للأمة عماً حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم به، وتجاوز لها عماً تكلمت به مخطئة أو ناسية أو مكرهة، فإذا اجتمع القصد والدّلالة القولية والفعلية ترتب الحكم، وهذا من مقتضيات عدل الله وحكمته ورحمته، إذ لو رُتبت الأحكام على خواطر القلوب لكان في ذلك حرج ومشقة على الأمة، ورحمة الله تعالى وحكمته تأبى ذلك[3].

كما أن الإرادة قد تكون مستترة، أو قد يتكلم الإنسان بما لا يدخل تحت اختياره، فالخطأ والنسيان وسبق اللسان بالتكلم بما لا يريده الإنسان – أو بما يريد خلافه – أو التكلم مكرهًا، كلّها أمور جارٍ حدوثها على البشر، فلو رُتب الحكم على هذه الإرادة الواقعة تحت هذه الأحوال لوقعت الأمة في حرج ولأصابها التعب والمشقة، فرُفِع عنها المؤاخذة بذلك كله؛ ولهذا فإنه لمّا كانت الإرادة أمرًا باطنيًا لا يمكن الوقوف عليه فإنها لا تصلح لإنشاء العقود والتصرفات وهي بهذه الصفة من الاستتار والخفاء، فلا بد من لفظ أو ما يقوم مقامه يعبِّرُ عن تلك الإرادة، ويكشفها،

---

(١) الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٢١-٢٢؛ درر الحكام، لعلي حيدر، ١٧/١

(٢) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٨٩/٣.

(٣) السابق، الجزء نفسه الصفحة نفسها.

وهو ما يسمى: بالإرادة الظاهرة، أو الإيجاب والقبول، أو صيغه العقد، وبارتباط الإيجاب بالقبول ينشأ العقد، وبصدور الإيجاب وحده ينشأ التصرف الانفرادي[1].

٣- "**الكلام إن كان صريحًا لم يفتقر إلى النِّيَّة**"[2]، ومثلها: "**الصريح لا يحتاج إلى نية**"[3]: هاتان القاعدتان توضحان أثر القصد في ترتب الحكم على القول أو الفعل الصريح، والصريح معناه: "اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق"[4]، أي أن الصريح ينصرف بصراحته إلى مدلوله ومعناه، ولهذا فإنَّ عدم الحاجة إلى النِّيَّة في الصريح راجعٌ إلى أن الصريح دال على المراد فاستغني به عن النِّيَّة والقصد؛ ومثال ذلك: لفظ الطلاق الصريح فإنه من الأعمال التي تحصل بغير النِّيَّة[5]، ويكفي حصول الفعل الصريح لترتب الحكم عليه؛ لأن صراحة الكلام منصرف إلى ما دل عليه[6]، كما أن من الأصول المعلومة: أن الألفاظ تجري على حقائقها، ولا تصرف عن ذلك إلا بقيام دلالة في تحديدها بشاهد من حال أو جاري عُرف أو نية تقارن اللفظ[7]، ولهذا يقال: "**الأصل في كل الألفاظ إجراؤها على حقائقها إلاّ عند قيام دلاله صارفة**"[8].

٤- "**الكناية لابد لها من النِّيَّة**"[9]، و"**الكناية لا تلزم إلا بالنِّيَّة**"[10]، والكلام:"**إن كان**

---

(١) أثر القصود في التصرفات والعقود، د. عبد الكريم زيدان، مجموعة بحوث فقهية(٥)مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط٢، ١٤٠٨هـ- ١٩٨٨م، ٩

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ١٤٠/١.

(٣) المنثور في القواعد، للزركشي، ٦٣/٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٢١/٢.

(٤) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٢٠/٢

(٥) المنثور في القواعد، للزركشي، ٣٦٤/٢

(٦) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١٤١/١. وانظر: [درر الحكام، لعلي حيدر، ١٧/١].

(٧) مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي، عياض وولده محمد، ٢٩٣

(٨) المحصول، للرازي، ٢٩/٢

(٩) الأشباه والنظائر، لابن نجيم ١٧، المنثور في القواعد، للزركشي، ٢١٤/٢.

(١٠) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٢١/٢. ومثلها: "الكنايات تحتاج إلى النِّيَّة" انظر: [المختار، لابن مودود، ١٩/٤].

كناية افتقر إلى نية مميزة"[1]: هذه القواعد اشتملت على لفظة: "الكناية"، وهي: "ما احتمل معنيين فصاعدًا"[2]، وهذه القواعد توضح أثر القصد في ترتب الحكم على القول أو الفعل الذي يحتمل أمرين، فهي تعني: أن الكنايات لابد فيها من القصد والنِّيَّة لتعيين المراد؛ وذلك لتردد الكنايات في الأمر المراد واحتمالها لمعنى أو أكثر؛ وذلك مثل قول المراجع لزوجته: تزوجتك، فإنه كناية في الرجعة وليس صريحًا، ولا يتحدد المراد من قوله إلا بقصده؛ ولذلك لابد في الكنايات من نية إيقاع التصرف ولا يكفي فيها اللفظ، ومثال ذلك في الأفعال: أنه إذا كان في البلد نقد غالب فإنّ المعاملات تحمل عليه لامتيازه بغلبته، وإن كان في البلد نقود مختلفة لا غالب فيها فلابد من تمييز النقود باللفظ[3].

٥- "**النُّصوص لا تفتقر إلى النِّيَّة لانصرافها بصراحتها إلى مدلولاتها، بخلاف الكنايات والمحتملات** "[4]، ومثلها: "**الصريح يعمل بنفسه ولا يقبل إرادة غيره، والمحتمل يرجع فيه إلى إرادة اللافظ**"[5]: هاتان القاعدتان جامعتان لحكم الصريح والكناية من الأقوال والأفعال، حيث تفيدان أنّ الصريح يستقلُّ بنفسه في إثبات حكمه، أما الكنايات فيستعان في إثبات حكمها بشاهد من حال، أو جاري عرف، أو نية تحدد معنى اللفظ[6]، كما أن هاتين القاعدتين صريحتان في بيان سبب عدم افتقار الصريح إلى النِّيَّة، وافتقار الصريح إليها، ففي الأول: هو انصراف الألفاظ بصراحتها إلى مدلولاتها، وفي الثاني: هو التردد والاحتمال في الألفاظ.

٦- "**النظر إلى المقصود أو إلى الموجود**": هذه القاعدة ذكرها الونشريسي، وهي

---

(١) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١/١٤١

(٢) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٢١٤.

(٣) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١/١٤١؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٦٣، ٢١٤.

(٤) قواعد المقري، ١/٢٦٧.

(٥) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٢٢٨.

(٦) مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ٢٩٣

تعني: أن الشخص إذا أقدم على تصرف وكان يقصد وقوعه ولكن صادف أن كانت حقيقة التصرف الذي أقدم عليه مخالفًا لقصده – بأن كان قصده يخالف ما هو موجود في الواقع – فإنّ العبرة لما قصد إليه، ومثال ذلك: لو أن رجلاً كان في ظلام ومرّت به امرأة ووضع يده عليها ظانًا أنها زوجته، فقال لها: أنت طالق إن وطأتك الليلة، فوطئها فإذا هي غير امرأته، فلا يلزمه طلاقها[1]؛ لأن واقع الأمر أنه طلق غير زوجته.

٧- "**المقاصد تغيّر أحكام التصرفات من العقود وغيرها**"[2]: هذه القاعدة ذات شبه كبير بقاعدة: "**الأمور بمقاصدها**"، إلا أن هذه القاعدة صريحة في أن التصرفات من العقود وغيرها تتغير أحكامها بالمقاصد، ويتضح ذلك ببعض التصرفات؛ فلو أن رجلا اشترى شيئًا ونوى وقوع الشراء لوكيله ولمن هو تحت ولايته فإنّ الشراء يقع للموكّل وللمولّى عليه، وإنْ لم ينوِ ذلك فإنّ الملك يقع للعاقد؛ لأن شراءه قد يكون لنفسه وقد يكون لغيره، ولا يتبين لمن الشراء إلا بقصد المشتري؛ ولذلك فإن الأحكام تتغير بتغير المقاصد ويكون لها أثرٌ في العقود والتصرفات[3].

٨- "**الاعتبار بالمعاني والمقاصد في الأقوال والأفعال**"[4]: هذه القاعدة مثل سابقتها في معناها، حيث يفهم منها: أنه لابد من النظر إلى معاني الأقوال والمقصود منها ومن الأفعال.

٩- "**هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها؟**": هذه القاعدة أوردها بصيغتها هذه بعض العلماء، كالزركشي[5]، والسيوطي[6]، وهذه الصيغة تدل على الاختلاف فيها[7]، فهي

---

(١) القواعد، للونشريسي، ٧٨، ٧٩.

(٢) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٣/٨٤.

(٣) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٤) السابق، ٣/١١١.

(٥) المنثور في القواعد، ٢/١٠٦

(٦) الأشباه والنظائر، ١/٣٦٣

(٧) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

صيغة إنشائية دالة على الخلاف، وصيغ العقود معناها: ألفاظها، والمعاني هي المقصودة من الألفاظ[١].

وأوردها بعض العلماء بصيغة إنشائية أخرى دالة على الخلاف أيضًا، كقول الونشريسي:"**إذا تعارض القصد واللفظ أيهما يقدم؟ اختلفوا فيه**"[٢]، وكقول الحصني، وابن خطيب الدهشة: "**إذا استعمل لفظ موضوع لعقد في آخر، هل العبرة باللفظ أم بالمعنى؟**"[٣]، وكقول الحصني أيضًا: "**الاعتبار في العقود بظواهرها أم بمعانيها؟ وفيه وجهان**"[٤].

وفي مقابل ذلك وردت صيغ خبرية قاطعة في اعتبار المعاني دون الألفاظ، من ذلك: ما قاله ابن نجيم: من أنّ "**الاعتبار للمعنى لا للألفاظ**"[٥]، وبهذا صَرَّحت مجلة الأحكام العدلية حيث نصَّت المادة الثالثة منها على أن: "**العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني**"[٦].

ومن الصيغ الخبرية قاطعة الدّلالة في اعتبار المعاني دون الألفاظ: قول ابن قيم الجوزية: "**العبرة بإرادة المتكلم لا بلفظه**"[٧]، وقوله في أولوية القصود على الألفاظ: "**فاعتبار القصود في العقود أولى من اعتبار الألفاظ**"[٨].

---

(١) تقريرات الشيخ جاد الرب رمضان، بهامش الأشباه والنظائر، للسيوطي هامش(٤)جـ١ ص٣٦٣

(٢) القواعد، ٨٧.

(٣) القواعد، للحصني، ١/٤٠١؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، مطبعة الجمهورية الموصل، ١/٢٥٣.

(٤) القواعد، ١/٤١٨.

(٥) الأشباه والنظائر، ٢٤٢.

(٦) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/١٨.

(٧) إعلام الموقعين، ١/١٧٠.

(٨) السابق، ٣/٨١.

آراء العلماء في أثر القصد في التصرفات والعقود

من خلال ما سبق من القواعد لاسيما – القاعدة المذكورة أخيرًا – يتبين اختلاف العلماء حول هذه المسألة؛ ولذلك فإن السؤال المُثار هنا هو: هل يكون أساس ترتيب الأحكام والآثار للتصرفات والعقود هو ظاهر القول الذي أنشأها دون التفات إلى ما ورائه من نية باطنة وقصد خفي وباعث مستتر دفع إلى إنشاء هذا التصرف أو العقد؟ أم يكون الأساس في ذلك هو النيَّة الباطنة والقصد الخفي والباعث المستتر دون ظاهر القول؟

اختلف العلماء في ذلك؛ فمنهم من اعتبر القصود ولم يكتف بالظاهر كأساس لصحة التصرفات والعقود، ومنهم من اكتفى بالظاهر، وفيما يلي بيان ذلك وبيان الراجح فيه.

الرأي الأول: أن العبرة في العقود والتصرفات للألفاظ لا للمعاني

وهذا ما ذهب إليه بعض العلماء[(١)]، وهو ما جزم الزركشي بصحته[(٢)].

حجة أصحاب هذا الرأي

احتج أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه من اعتبار الألفاظ دون المعاني في العقود والتصرفات بالمعقول، بأنه إنما جُعل الاعتبار لظواهر العقود وصيغها؛ لأن صيغ العقود موضوعة لإفادة المعاني ولتفهيم المراد منها عند الإطلاق فلا تترك لظواهرها، ولأن اعتبار المعنى يؤدي إلى ترك اللفظ، وألفاظ اللغة لا يعدل بها عمّا وضعت له، وهكذا ألفاظ العقود لا يُعدل بها عمّا وضعت له[(٣)].

---

(١) المنثور في القواعد، للزركشي، ١٠٦/٢؛ قواعد الحصني، ٤١٨/١. وانظر القواعد المذكورة في الصفحات السابقة التي تدل على هذا الرأي.

(٢) المنثور في القواعد، ١٠٦/٢.

(٣) قواعد الحصني، ٤١٨/١.

الرأي الثاني: أن العبرة في العقود والتصرفات للمقاصد ومعاني الألفاظ، دون الألفاظ وحدها.

وهذا ما ذهب إليه بعض العلماء، وهو المذكور آنفًا عن ابن نجيم وابن القيم، وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية أيضًا[1].

حجج أصحاب هذا الرأي

احتج أصحاب هذا الرأي على ما ذهبوا إليه من اعتبار المقاصد والمعاني في العقود والتصرفات بما يلي:ـ

١ – قالوا: إن اللفظ هو الكلام الذي ينطق به الإنسان بقصد التعبير عمًّا في ضميره، ولذلك فإنه عند حصول العقد لا يُنظر للألفاظ التي يستعملها العاقدان حين العقد، بل ينظر إلى مقاصدهم الحقيقية من الكلام الذي يتلفظ به حين العقد؛ لأن المقصود الحقيقي هو المعنى وليس اللفظ ولا الصيغة المستعملة، وما الألفاظ إلا قوالب للمعاني، ولكن إذا أمكن التوفيق بين الألفاظ والمعاني المقصودة فإنه لا يجوز إلغاء الألفاظ؛ كما لو قال شخص لآخر: وهبتك هذه الفرس بمائة جنيه، فإنّ هذا العقد يكون عقد بيع لا عقد هبة، وتجري فيه أحكام البيع[2].

٢ – قالوا: إن الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي المرادة من الألفاظ، فلو ألغيت القصود واعتبرت الألفاظ وحدها لكان هذا إلغاءً لما يجب اعتباره واعتبارًا لما قد يسوغ إلغَاؤه[3].

٣ – قالوا: إنه إذا تعذّر حمل اللفظ على مقتضاه حمل على معناه؛ لأنه لا يجوز تعطيل معنى الألفاظ في العقود، فلذلك تحمل على معانيها[4].

---

(١) انظر –أيضًا– في هذا الرأي: [الموافقات، للشاطبي، ٢٦٨-٢٦٩].

(٢) درر الحكام، لعلي حيدر، ١٨/١، ١٩.

(٣) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٨١/٣.

(٤) قواعد الحصني، ٤١٩/١.

٤- قالوا: إن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها، بأنْ جرَتْ على غير قصد منه؛ كالمكره والمخطئ مَثَلاً، فدلّ ذلك على أن المقاصد معتبره في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في العبادات(١).

ويظهر في جميع هذه الحجج الرد على أصحاب الرأي الأول القائلين باعتبار الألفاظ دون المعاني في التصرفات والعقود.

المناقشة والترجيح

قبل الحكم على أي من الرأيين المذكورين في أثر القصود في التصرفات والعقود أقرب إلى الصواب وأولى بالقبول، لابد من الإشارة إلى ما يلي: -

١ - أن الرأي القائل باعتبار البواعث والقصود وترتيب الأحكام عليها لا يعني أن الأحكام تبنى على أساس الظنون المجردة أو الأهواء والأوهام أو على أشياء مُغيَّبَة، فالقائلون بالقصود لا يقولون بهذا، وإنما يعتبرون القصود إذا ظهرت وانكشفت، أما إذا لم تظهر ولم تنكشف فالحكم يكون على ظاهر الألفاظ والعبارات المكونة للعقود والتصرفات(٢)، فبناء الأحكام يكون على قصد ظاهر معلوم لا على مُغيَّب مجهول.

٢ - أن الرأي القائل باعتبار الألفاظ دون المعاني للمقاصد في التصرفات والعقود، يعني حصر انكشاف القصد باللفظ، وهذا ليس وجيهًا؛ لأن في اعتبار الألفاظ دون المعاني والمقاصد في العقود والتصرفات إهدار لمقاصد المكلّفين ونيّاتهم وإراداتهم، فكان لابد من اعتبار الألفاظ ومقاصدها؛ لأن الألفاظ بالنسبة إلى مقاصد المكلّفين وإرادتهم لمعانيها قد تظهر مطابقة لتلك المقاصد، وهذا لا إشكال فيه؛ لأنّ الإشكال يتمثل في أنّ الألفاظ قد تكون غير مرادة لمعانيها؛ كالمكره أو المجنون - مثلاً - فإن ألفاظهما إذا تكلّما بها فإنهما لم يُرداَ معناها، فإذا اعتُمد على الألفاظ وحدها دون مراعاة حالة الإكراه أو الجنون لكان في ذلك تكليف ما لا يطاق؛ لمنافاة الاختيار والعقل.

---

(١) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٨٢/٣.

(٢) أثر القصود في التصرفات والعقود، د. عبد الكريم زيدان، ٢٢٥.

ومن خلال هذا كله يظهر أنه لابد من اعتبار المقاصد في الألفاظ، وعدم ترتب الآثار على الألفاظ وحدها ما لم يكن المتكلم بها قاصدًا لها مريدًا لموجباتها، وهو ما يقتضي وجود إرادتين: إرادة التكلم باللفظ اختيارا، وإرادة المعنى لأنه المقصود واللفظ وسيلة، بمعنى: أن يكون الاعتناء بالمعاني المبثوثة في الخطاب هو المقصود الأعظم؛ بناء على أن العرب إنما كانت عنايتها بالمعاني وإنما أصلحت الألفاظ من أجلها، وهذا الأصل معلوم عند أهل العربية، فاللفظ إنما هو وسيلة إلى تحصيل المعنى المراد والمعنى هو المقصود[١].

وبناءً عليه فإنّ الباحث يرى أن الرأي الثاني القائل باعتبار القصود في التصرفات والعقود هو القول الراجح، مع مراعاة أنّ انكشاف القصد قد يكون بدلالة الحال، فذلك وسيلة صالحة لانكشاف القصد وظهور الباعث، فقرائن الأحوال تُبيِّن هل العبرة في العقود والتصرفات للمقاصد والألفاظ أم للألفاظ وحدها.

وتوضيح ذلك: أن التعارض بين الألفاظ والمقاصد يكون عند تساوي الأمرين دون مرجح، أما إذا ظهرت قرينة مرجحة فإنه يعمل بها، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الأصل في العقود هي الصيغ الموضوعة لها، والمعاني تابعة لتلك الصيغ، فإذا كانت الصيغة في العقود أشهر في مدلولها كان الاعتبار للصيغة، وإن لم تشتهر الصيغة وكان المعنى هو المقصود فالعبرة للقصود، وهكذا يتضح أن اعتبار الصيغة أولى إذا كانت صريحة على المراد، وإن لم تكن واضحة على المراد فاعتبار المقصود يترجح بقرائن الأحوال، وإنما قلنا بترجيح اعتبار الصيغة إذا كانت صريحة في المراد؛ لأن صيغ العقود هي ألفاظها، والألفاظ هي الدالة على المعنى، والمعاني هي المقصودة من الألفاظ، وبناء على ذلك فإن اعتبار المقاصد والمعاني في العقود والتصرفات دون الألفاظ وحدها يقتضي أن يُعطى اللفظ حقه والمعنى حقه، كما أن ذلك يقتضي أيضًا اعتبار النيِّات والمقاصد في الألفاظ وأنَ الحكم لا يكون على

---

(١) الموافقات، للشاطبي، ٢٦٨-٢٦٩.

الألفاظ وحدها حتى يكون المُتَكلِّم قاصدًا لها مريدًا لها[1]؛ ولذلك فإن تطبيق قاعدة: "**الاعتبار بالمعاني والمقاصد في الأقوال والأفعال**" على العقود يفيد في أن العبرة تكون لمقاصد العقود إذا ظهر أنّ المراد بها مخالفٌ الصيغة والنطق، وإن لم يَظهر ما يدل على ذلك فإن العبرة بالألفاظ، أي أنّ أحكام العقود تؤخذ من صيغها وممّا لابسها واقترن بها[2]، فما كان مستعملاً في العقود من الألفاظ إذا قُصد معناها الحقيقي فالأمر ظاهر لاتحاد المعاني اللفظيّة مع المقاصد، وإذا قُصد غير المعنى الحقيقي فالحكم على تلك العقود يترتب بمقتضى المعاني المقصودة[3].

ولكن الحكم على المقاصد والبواعث في العقود لا يعني الحكم على العقود بمجرد أمور خفية، بل يعني أن الحكم على العقود بالمقاصد والبواعث يكون بوجود الألفاظ الدالة على تلك المقاصد والبواعث، وفي هذه الحالة يعطي الحكم على أساس هذه الألفاظ[4]، إلا أن اعتبار المقاصد والمعاني في صيغ العقود قد تُحَوِّل ألفاظ عقد معيَّن إلى عقدٍ آخر، فالهبة بشرط العوض - مثل وهبتك كذا بشرط أن تعطيني كذا - هي بيع؛ لأنها في معناها[5].

ومما يؤكد اعتبار القصود وعدم إهمالها هو أنَّ من القواعد المقررة: أنّ "**مقاصد اللفظ على نية اللافظ، إلاّ في موضع واحد وهو اليمين بالله عند القاضي فإنها على نية القاضي دون الحالف**"[6]، فهذه القاعدة تُبَيِّنُ أنَّ الشخص إذا تلفظ بشيء قاصدًا بذلك اللفظ معناه فإنَّ القصد من اللفظ يكون على ما قصده؛ لأن الألفاظ والصيغ هي الأصل والمعاني تابعة لها[7]، وأما اليمين بالله عند القاضي فهي من

---

(١) إعلام الموقعين، لابن القيم، ١/١٧٥.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، ١/١٦٢، ١٦٣.

(٣) الفقه الإسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية، لمحمد شفيق العاني، ١١٢.

(٤) شرح قانون الوصية، محمد أبو زهرة، ٤٥.

(٥) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، ١/١٦١، ١٦٢.

(٦) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٣٧٤؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٩٩.

(٧) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/١٠٧.

مستثنيات هذا الأصل، فإذا استحلف القاضي خصمًا على شيء وحلف الخصم تلك اليمين وفي نيته شيء آخر غير ما استحلفه القاضي فإنّ العبرة لِما يقصده القاضي لا لما يقصده الخصم؛ لأن نَصْب القضاة موضوع لحفظ حقوق الناس، فلو كانت اليمين على نية الحالف لأدىَ ذلك إلى إبطال حقوق الغير.

ثانيًا: القواعد ذوات الصلة بالقاعدة الكبرى في اعتبار مقاصد المكلّفين في القانون اليمني.

رغم أن القانون اليمني ذكر القاعدة الكبرى في اعتبار مقاصد المكلّفين وهي قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" إلا أنه لم يكتف بذلك، بل ذكر ثلاث قواعد ذوات صلة بهذه القاعدة الكبرى، يمكن استعراضها من خلال النُصوص القانونية الدالة على ذلك، وهي كما يلي: –

١– نصت المادة السادسة من القانون رقم (١٤) بشأن القانون المدني اليمني على أن: "**الأمور بمقاصدها والعبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني**"، فهذا النُصّ ذكر حكم الكنايات في التصرفات والعقود، وهو أنَّ العبرة فيها بمقصود المتصرف من أقواله وأفعاله، كما أن العبرة بمقصود طرفي العقد منه، وهذا ما جاء صريحًا في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون، حيث علقّت على هذه المادة: بأنها "ذكرت أصلاً يدخل في المعاملات ونحوها؛ ككنايات البيع، والهبة، والوقف، والقرض، والضمان، والإبراء، والحوالة، والوكالة، وتفويض القضاء، والإقرار، والإجارة، والوصية... ونحو ذلك كثير، فيعتبر فيه مقصد فاعله، وتُصرّف (هكذا ولعها وتعرف) النيَّة والقصد في المعاملات بالقرائن المستنبطة من الظروف المحيطة بالعمل أو التصرف"[1].

ويبدو أن القانون اليمني بهذا النَّصّ أراد إرشاد القاضي إلى أنه لابد أن

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، الكتاب الأول، ١٣.

يأخذ بعين الاعتبار المقصود من التصرفات والعقود، والنظر إلى معاني الألفاظ خصوصًا في الكنايات؛ لأنها تحتمل أكثر من أمر، إضافة إلى أنَّ هذا النَّصَّ القانوني يُظهر موقف القانون اليمني الصريح في اعتبار المقاصد والمعاني في العقود والتصرفات، وهو بهذا يتفق مع رأي بعض العلماء في هذا الصدد – وهو ما رجحه الباحث – كما سبق[1].

٢- نصت المادة السابعة من نفس القانون على أنه: "**يجب إعمال الكلام في مقاصده**"، كما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني عن هذه المادة: أنها "تنص على قاعدة مفادها: أنَّ أيَّ كلام يصدر في معاملة أو تصرف لا يصدر عبثًا، وإنما يكون لقائله قصد منه، فيلزم البحث عن هذا القصد حقيقة أو مجازًا"[2]، وفي هذا تأكيد لموقف القانون اليمني من عدم الاكتفاء بالألفاظ وحدها في التصرفات والعقود، وأنه لابد من إعمال مقاصد الناس ومعاني أقوالهم في تصرفاتهم وعقودهم.

٣- نصت المادة (٢٠٥) من نفس القانون على أنه: "**إذا استعمل العاقدان ألفاظًا خاصة بعقد لإبرام عقد آخر توافرت أركانه وشروط صحته فالعبرة بما قصدا إليه؛ كعقد الإيجار بلفظ البيع**"، كما جاء في تعليق المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني على هذه المادة: أنها "تبين حكم استعمال المتعاقدين ألفاظًا خاصة مع أن إرادتهما منصرفة إلى عقد آخر، فإن العبرة في الصحة والبطلان بالعقد الحقيقي الذي قصدا إليه، كمن يقول: بعتك الدار لتسكنها شهرًا في مقابل كذا، فقد استعمل لفظ البيع وهو يقصد الإيجار، فالعبرة بعقد الإيجار صحة وبطلانًا"[3]، ومعنى هذا: أن القانون اليمني قد رتب على اعتبار المقاصد والمعاني في تصرفات الناس وعقودهم: أن الإرادة هي التي يترتب عليها حكم الصحة والبطلان؛ لأن الإرادة هي التي تبيِّن المراد من ألفاظ العقود والتصرفات.

---

(١) انظر ما سبق في آراء العلماء في أثر القصد في التصرفات والعقود في البند الأول من هذا المبحث.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، الكتاب الأول، ١٤.

(٣) السابق، ٨٣.

٤- هناك قاعدة أخرى من القواعد ذوات الصلة بقاعدة: "**الأمور بمقاصدها**"، أشار إليها القانون اليمني في قانون الأحوال الشخصيَّة، وهي قاعدة: "**الصريح لا يحتاج إلى نية، والكناية تفتقر إلى النيَّة**"، فهذه القاعدة علّل بها قانون الأحوال الشخصيَّة وقوع الطلاق الصريح بلفظه بأنه صريح لا يحتمل غيره، في حين أن الطلاق بالكنايات لابد له من نية، فقد نصَّت المادة رقم (٥٨) من قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني – المعدلة بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م من الميلاد بشأن الأحوال الشخصيَّة – على ذلك بقولها: "الطلاق قول مخصوص به يُفَكّ الارتباط بين الزوجين، وهو إما صريح لا يحتمل غيره، أو كناية تفتقر إلى النيَّة...".

الاستنتاج

من خلال ما سبق عرضه للقواعد ذوات الصلة بقاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" في القانون اليمني نستنتج ما يلي: –

١- أن القانون اليمني يجعل العبرة في العقود والتصرفات بالألفاظ والمعاني، لا بالألفاظ والمباني وحدها.

٢- أن عدم ذكر القانون اليمني لكثير من القواعد ذوات الصلة بقاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" – كما هو الشأن عند فقهاء الشريعة الإسلامية – لا يعني أنَّ القانون اليمني لا يأخذ بها، لأن النصّ على بعض القواعد يدل على الأخذ بما سواها، وفي هذا إشارة إلى وجوب رجوع القاضي ـ عند تطبيق القانون ـ وشراحه ـ عند شرحه – إلى الكتب الفقهية، بدليل ما نصَّت عليه المادة رقم (١٨) من القانون المدني – المذكور رقمه وتاريخه آنفًا – من أنَّ "المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي والمذكرات الإيضاحية والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعيَّة المختصة".

المبحث الثالث

أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد اعتبار مقاصد المكلّفين في الأحوال الشخصيّة في القانون اليمني

من الأمثلة التي يتضح فيها دخول مقاصد المكلّفين في التصرفات والعقود في قانون الأحوال الشخصيّة اليمني ما يلي: –

أولاً: التطبيق في خطبة النكاح

نصت الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون الأحوال الشخصيّة – المعدلة بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيّة – على أنه: "إذا كان العدول من جانب المخطوبة وجب عليها رد الهدايا بعينها إذا كانت قائمة وإلاّ فمثلها أو قيمتها يوم القبض، وإذا كان العدول من جانب الخاطب فلا يجب إعادة الهدايا إليه"

وتطبيقًا لاعتبار مقاصد المكلّفين ونيّاتهم على هذا النص، فإنه يفهم منه أنه لمّا كان القصد من الهدايا بين الخاطبين هو النكاح فإنّ العدول عن الخطبة ينتفي معه هذا القصد؛ ولذلك فإن قصد النكاح قد يتغير، فالزوجة قد تعدل عن الخطبة، وهو ما يعني أنها لم تعُد تريد النكاح من الخاطب، وهو ما يترتب عليه ردُ الهدايا بعينها للخاطب أو مثلها أو قيمتها، لعدم تحقق قصد النكاح من تلك الهدايا، ولأنه قد يكون قصدها بذلك الإضرار بالخاطب، كما أن العدول إن كان من جانب الخاطب فإنه لا يستحق شيئًا من الهدايا التي أهداها لمخطوبته؛ لأن العدول عن الخطبة كان من جانبه لا من جانبها، وربما يكون قصده من هذا العدول الإضرار بمخطوبته.

ومن التطبيقات المذكورة في الفقه الإسلامي لاعتبار مقاصد المكلّفين في هذا الأمر: أن الرجل لو خطب امرأة فأجابته فساق لها هدية ثم لم تنكحه فإنه يرجع عليها بما ساقه إليها؛ لأنه لم يدفع الهدية إلا بناءً على رغبته في إنكاحها ولم يحصل

تحقق هذه الرغبة، وهو ما يعني أن الهدية كانت لقصد النكاح[١]، ولأنه قد يكون في ذلك إضرار بالخاطب من جهة أنه قد تكلف مالاً لهدية مخطوبته، باعتبار أن هذه الهدية ليست مجرد هدية يتبرع بها المهدي، بل يقصد بها الخاطب الزواج، وهي بذلك تعتبر جُزْءًا أساسيًا في عملية الزواج[٢].

ثانيًا: التطبيق في مقاصد عقد النكاح

نصت المادة السادسة من قانون الأحوال الشخصيّة – المعدلة بالقانون المذكور رقمه وتاريخه آنفًا – على أن: "الزواج هو ارتباط بين زوجين بعقد شرعي تحل به المرأة للرجل شرعا، وغايته: تحصين الفروج وإنشاء أسرة قوامها حسن العشرة"، فهذا النصّ ذكر أن من غايات الزواج: تحصين الفروج وإنشاء أسرة قوامها حسن العشرة بين الزوجين، وبتطبيق اعتبار قواعد مقاصد المكلفين ونياتهم من الزواج على هذا النص يمكن القول: إن عقد الزواج مبني على مقاصد تعود بالنفع على المكلفين، إلا أن المكلّف قد يقصد بالزواج غير ذلك، فقد يقصد كلّ من الزوجين الإضرار بالآخر، أي أنه إذا تخلفت المقاصد الحسنة من الزواج – كتحصين الفروج، وإنشاء أسرة تقوم على الصلاح والعفاف، وحسن العشرة بين الزوجين – فإن الزواج حينئذ يكون وبالاً على الزوجين وعلى أولادهما، والضرر والضرار منهي عنه؛ لقوله ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»[٣].

وتطبيقًا لقواعد المقاصد والنيَّات في النكاح في الفقه الإسلامي فإنّ القصد يدخل في النكاح، فمن قصد به الإضرار بالزوجة في الوطء والعشرة والإنفاق – مع القدرة على ذلك – فإنه يَحْرُم عليه النكاح، ومن قصد به ترك الزنى فإنه يكون واجبًا عليه[٤].

---

(١) المنثور في القواعد، للزركشي، ١٦٣/٢.

(٢) قضايا فقهية معاصرة، لأستاذنا الدكتور/ يوسف عبد الرحمن الفرت، ١١٤.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص١٢١ من هذا البحث.

(٤) سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٩٧٢/٣.

ثالثًا: التطبيق في عقد النكاح

تضمنت الفقرات الأولى والثانية والثالثة والرابعة من المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقانون المذكور رقمه وتاريخه سلفًا – شروط صحة عقد النكاح، فنصت هذه المادة على أنه: "يشترط لصحة العقد ما يلي: (١) أن يكون في مجلس واحد (٢) إيجاب بما يفيد التزوج عرفًا من ولي للمعقود بها – مكلف، ذكر، غير محرم – أو بإجازته، أو من وكيله (٣) قبول التزوج قبل الإعراض من زوج – مكلف، غير محرم[1] – أو من يقوم مقامه شرعًا، أو بإجازته (٤) تعريف الزوجين حال العقد باسم أو لقب أو إشارة أو نحو ذلك، ممَّا يميزهما عن غيرهما"، فهذا النصّ يُفهَم منه: أن للمقاصد والنيَّات اعتبار في عقد الزواج؛ لأن عقد الزواج من العقود الرضائية التي تقوم على رضا الطرفين، ولكن لمَّا كان الرضا من الأمور الباطنية كان لابد من التعبير الدال على هذا الرضا بالإيجاب والقبول[2]، ولكي يكون الإيجاب والقبول متوجهًا نحو عقد الزواج لابد أن يكون الإيجاب والقبول بالألفاظ الدالة عليه، وفي مقدمة ذلك: الألفاظ الصريحة الدالة عليه؛ كالنكاح والتزويج، أو بما يفيد ذلك عرفًا، ويجوز للعاجز عن التعبير بالألفاظ الصريحة الدالة على النكاح، والتزويج – كالأخرس – أن يعبِّر عن الإيجاب أو القبول بالإشارة المعلومة، كما أن عقد الزواج يمكن أن ينعقد بالكتابة، وعلى هذا فإن القصد إلى النكاح يتم بالإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة الدالة عليه أو ما يقوم مقامها عند تعذر ذلك، وهذا ما نصَّت عليه المادة الثامنة من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقانون المشار إليه سلفًا – حيث جاء فيها: "... يتم العقد باللفظ والكتابة، وبالرسالة من الغائب في مجلس بلوغ الخبر، ويصح العقد من المصمت والأخرس بالإشارة المفهمة".

ولتوضيح القصد من عقد النكاح لابُدّ أن تكون ألفاظ الإيجاب والقبول

---

(١) لم يتضح المراد من كلمة: "غير محرم" على وجه الحقيقة في الفقرة الثالثة، ولكن يمكن حمل المراد منه: أن يكون عقد النكاح عقدًا غير محرّم، ومثال ذلك: أنه لا يجوز أن يكون النكاح في طلاق رجعي، وقد يكون المراد: أنه يجب أن يكون الزوج غير مَحْرَم للمرأة المراد التزوّج بها.

(٢) الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيَّة، د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، ١٠٩.

مقصودًا بها إنشاء عقد الزواج، وهذا المقصود يتطلب فهم العبارات؛ فلو قال رجل لآخر: زوجني ابنتك خديجة، ولم يسمع الأب هذه العبارة، أو سمعها، أو فهمها خطأ، بأن قال: قبلت زواج فاطمة، لم ينعقد؛ لأن من الواضح أنه لم يفهم أن المقصود في الزواج هي خديجة وليست فاطمة، كما أنه لابد من توجه القصد والإرادة في النكاح نحو الزوجين، وذلك بتعيينهما وتمييزهما بكل ما يزيل اللبس، فالأب – مثلا – إذا كان له بنات وقال للزوج: زوجتك ابنتي – دون تعيينها وتمييزها عن غيرها من بناته – فإنه لا يصح عقد النكاح؛ لأنه لابد من تعيين الزوجة المقصودة في النكاح، لأن من شرطه تعيين الزوجين[1].

كما أن تمييز الزوجين قد يحصل بالإشارة إليهما أو بوصفهما؛ كقول الولي للرجل: زوجتك ابنتي هذه الطويلة، أو هذه الكبيرة، أو بالإشارة إليها، ولذلك فإن النكاح يكون صحيحًا لحصول التمييز بذلك[2]، وكذلك لو قال الأب – وله بنات – للزوج: زوجتك ابنتي، واتجهت نيته ونية الزوج إلى واحدة بعينها فإن عقد النكاح يصح لعدم التباسها بغيرها[3]، ومما يتضح فيه أثر النيّة في النكاح: هو أن الرجل إذا كان وكيلاً لغيره في النكاح – مثلاً – ونوى النكاح لنفسه فإنه ينعقد له، وإن نوى بذلك النكاح مُوكِّله فإنه ينعقد لموكِّله؛ لذلك لابد من تمييز الزوجين تمييزًا واضحًا لأنهما محل العقد فافتقر العقد إلى تمييزهما[4].

---

(١) الروض المربع بشرح زاد المستقنع، لمنصور بن يونس البهوتي، ومتنه: زاد المستقنع، للحجاوي، مكتبة السيد المؤيد الحسني للطباعة والنشر والتوزيع، الطائف ــ المملكة العربية السعودية، ١٣٨٩هـ-١٩٦٩م، ٣٤٢، ٣٤٣.

(٢) السابقان، ٣٤٣.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٧٨/١؛ الروض المربع، للبهوتي، ومتنه: زاد المستقنع، للحجاوي، ٣٤٣.

(٤) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٨٤/٣

رابعًا: التطبيق في الطلاق

نصت المادة رقم (٥٨) من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقانون السالف ذكره – على أن "الطلاق قول مخصوص به يُفك الارتباط بين الزوجين، وهو إمَّا صريح لا يحتمل غيره أو كناية تفتقر إلى النيَّة..."، فهذا النصّ يشير إلى أن للقصود اعتبارًا في الطلاق، فاللفظ الذي يصدر من المطلِّق قد يكون صريحًا في دلالته على معنى الطلاق بأن لا يحتمل معنى آخر، كقول الزوج لزوجته: أنت طالق، وقد يكون كناية في دلالته على معنى الطلاق، بحيث يحتمل اللفظ الطلاق ويحتمل غيره، ولا يتعين إلا بالقرينة، فإذا صرَّح الزوج بالطلاق بلفظ صريح من ألفاظه – كقوله لزوجته: طلقتك، أو: أنت طالق، أو: فارقتك، أو: سرحتك[1] – فإن الطلاق ينعقد لصراحة اللفظ في وقوعه، ولأن هذه الألفاظ موضوعة للطلاق[2]، وإن لم يصرِّح بلفظ من الألفاظ الصريحة في الطلاق، وعبَّر عن الطلاق بألفاظ كناية – كقوله لزوجته: أنت بائن، أو: أنت حرة، أو: حبلك على غاربك، أو: أنتِ وشأنك، أو: لا حاجة لي فيك، أو: دعيني[3] – فإن الطلاق لا يقع بذلك ما لم يرجع إلى قصد الزوج ونيته في تعيين المقصود بهذه الألفاظ[4]؛ لأن الطلاق تصرف يستقل به الزوج، فيُرجع فيه إلى قصده، ولا يشترط له إيجاب ولا قبول[5]، فلو قال الرجل لامرأته: أنت حرة ونوى بهذا القول الطلاق، فإن الطلاق يقع، لأن لفظ: "أنت حرة" يعني الإطلاق والإرسال، والذي يحدِّد مقصود الزوج هو نيته؛ لأن الحكم في كنايات

---

(١) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٦١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٣٣، ١٣٨.

(٢) تأسيس النظر، للدبوسي، ٦٣؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٨؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٣٦٣، ٣٦٤.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢/١٣٣

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٩؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٣٦٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٩.

(٥) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢/١٢٥.

الطلاق يتعلق بالمعنى والقصد[1]؛ ولذلك كانت القاعدة: "ان الطلاق الصريح يتعلق **الحكم بلفظه لا بمعناه، وغير الصريح يتعلق الحكم بمعناه لا بلفظه**"[2].

ومع أن الطلاق الصريح يتعلق بلفظه لا بمعناه إلا أنه قد لا يُكْتَفى في بعض الأحيان بصراحة اللفظ في إيقاع الطلاق ما لم يرجع إلى قصد الزوج؛ ومثال ذلك: أن الزوج إذا قال لزوجته: أنت طالق، ثم قال: لم أنو بذلك الطلاق، وإنما نويت به معنى آخر وهو حلّها من وثاقٍ، فإنّ الطلاق لا يقع ديانة ويقع قضاء، أما أنه لا يقع ديانة فلعدم قصد الزوج من هذا اللفظ إيقاع الطلاق، وأما أنه يقع قضاءً فلأن اللفظ الذي استخدمه صريح في الطلاق، فلا يحتاج في هذا إلى النيَّة قضاءً ويحتاج إليها ديانة، إلا أنه لابد من اعتبار قرائن الحال في إيقاع الطلاق قضاءً في هذه الحال، فإن كانت ثمة قرينة تدل على صدق الزوج بأنه لم ينو الطلاق – كأن تكون الزوجة مربوطة فعلاً – وقال: أنت طالق، وهو ينوي إطلاقها من وثاق، فإن قوله يقبل ظاهراً[3].

ويظهر من خلال مفهوم نص المادة المذكورة آنفًا أنَّ القانون اليمني قد أشار إلى حكم الطلاق الصريح والكناية، فالصريح يقع به الطلاق؛ لأنه ظاهر الدّلالة ومعناه متعين، بينما الطلاق بالكناية لا يقع إلا بالرجوع إلى نية المطلِّق، مع اعتبار قرائن الأحوال الظاهرة، التي تفيد المقصود من الكنايات؛ ولذلك فإن القاضي يفيد من قواعد مقاصد المكلّفين في ترجيح مراد الزوج عند الطلاق بألفاظ الكنايات من خلال نية الزوج، مع الأخذ بدلالة الحال[4].

---

(١) تأسيس النظر، للدبوسي، ٦٣.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٩، ٤٧؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٧٢/١

(٤) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ١٣٢/٣، ٨/٤، ١٩؛ مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ٢٩٣

ومن أبرز مظاهر اعتبار المقاصد والنيَّات في الطلاق: أن الطلاق لا يقع إذا نوى الزوج إيقاعه ولم يتلفظ به؛ لأن الطلاق من الأعمال التي لا تحصل بالنيَّة المجردة[1]، ولأنه لا يترتب على الفعل الباطني حكم، فالأحكام الشرعيَّة تتعلق بالظواهر، والعزم على الشيء ليس بمنزلة المباشرة[2].

خامسًا: التطبيق في الرجعة

نصت المادة رقم (٧٥) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة على أنه: "تتم الرجعة بالقول ولو هازلاً أو بالفعل..."، فهذا النصّ يفهم منه الاقتصار على ذكر كيفية إرجاع الزوج لزوجته – هذه الكيفية التي تكون بالقول أو بالفعل– ولكنه لم يذكر الصريح والكناية في الرجعة، وهو ما يمكن تفسيره بأن القانون اليمني قد ساوى بين صرائح الرجعة وكناياتها وأنها تتم بالكناية كما تتم صراحة؛ وذلك تيسيرٌ على الزوجين وحرصٌ على استمرار الحياة الزوجية.

والقصد والنيَّة معتبران في كنايات الرجعة حيث يرجع إلى قصد الزوج في ذلك؛ فلو راجع الزوج زوجته بلفظ من ألفاظ الكنايات فيها – كقوله: تزوجتك، أو أنكحتك – فإنّ هذه الألفاظ كناية في إرادة الزوج إرجاع زوجته، ويتحدد مراده من تلك الألفاظ بالرجوع إلى قصده ونيته، فتنفذ الرجعة وتصح إذا قصد بهذه الألفاظ إرجاع زوجته، ولو راجعها بلفظ من الألفاظ الصريحة في الرجعة – كقوله: راجعتك، أو: رددتك – فإن الرجعة تصح وتنفذ، لصراحة هذه الألفاظ ودلالتها على

---

(١) تأسيس النظر، للدبوسي، ٤٩؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٣٦٤/٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٧٧/١.

(٢) تأسيس النظر، للدبوسي، ٤٩؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٥١؛ درر الحكام، لعلي حيدر، ١٧/١.

القصد والمعنى في الرجعة فاستغني بهذه الألفاظ عن النيّة[1].

ومن الأمثلة الواضحة في أثر القصود في الرجعة: أن القصد من الرجعة قد يكون لصلاح الحياة الزوجية وقد يكون بقصد الإضرار بالزوجة، فإذا كان القصد الصلاح فذلك للرجل، وإن كان القصد الإضرار بالزوجة فإن الله تعالى قد نهى عن ذلك بقوله: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ ﴾[2]، فهذا "نص في أن الرجعة إنما ملكها الله تعالى لمن قصد الصلاح دون من قصد الضّرار"[3].

سادسًا: التطبيق في الوصية

نصت الفقرة الثالثة من المادة رقم (٢٣٢) من قانون الأحوال الشخصيّة – المعدلة بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م، بشأن الأحوال الشخصيّة – على أن ممّا يشترط في المُوصَى به: "أن يكون في حدود ثلث التركة إذا كان للمُوصِي ورثة..."، كما نصّت المادة رقم (٢٣٦) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م، بشأن الأحوال الشخصيّة على أنه: "لا تصح الوصية لغير الوارث فيما زاد على ثلث التركة إلا بإجازة الورثة، وتصح بكلّ التركة لمن لا وراث له..."، فهذان النصان يفهم منهما أن للقصد أثر في الوصية، وفي هذا إشارة إلى ما قد يعتري الوصية من قصد الإضرار بالورثة؛ فالموصي قد يوصي بأكثر من الثلث وله ورثة، وفي هذا إضرار بهم بإنقاص ميراثهم، وبهذا يتضح أن للقصد أثر في الوصية، ومماَ يشير إلى ذلك قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ ﴾[4]، ففي هذه الآية إشارة إلى

---

(١) المنثور في القواعد، للزركشي، ٦١/٢، ٦٢، ٦٥؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٣٩/١، ١٢٤/٢، ١٣٥.

(٢) من الآية ٢٣١ من سورة البقرة.

(٣) إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، ٨٢/٣

(٤) من الآية ١٢ من سورة النساء.

أن الموصي قد يقصد بالوصية الإضرار؛ ولذلك قال ابن قيم الجوزية تعليقًا على هذه الآية: "فإنما قدَّم الله الوصية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصي الضرار، فإنْ قصده فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها"[1].

(١) إعلام الموقعين، ٣/٨٢-٨٣.

المبحث الرابع

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قواعد مقاصد المكلّفين وتطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني

من خلال ما سبق دراسته لقواعد مقاصد المكلّفين ولبعض تطبيقاتها في مجال الأحوال الشخصيَّة يتضح أن لتلك القواعد فوائد عدة في تطبيق القانون تطبيقًا سليمًا، منها ما يلي:ـــ

أولاً: أن هذه القواعد تفيد القضاء في تفسير العقود والتصرفات لإثبات الحكم القضائي المناسب.

إذا كانت قاعدة: "**العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني**" تقتضي أن أحكام العقود تؤخذ من صيغها وممَّا لابَسها واقترن بها، وأن المقاصد معتبرة في التصرفات، وأن الحكم لا يكون على الألفاظ وحدها حتى يكون المتكلم بها قاصدًا لها مريدًا لها، وإذا كانت هذه القاعدة تتطلب وجود إرادة المتكلم باللفظ اختيارًا، وإرادة مقتضى اللفظ، باعتبار أن المعنى هو المقصود من الألفاظ، والألفاظ وسيلة لمعانيها[1]، فإنه بمقتضى هذه القاعدة – وما تتطلبه من إرادة – يمكن للقاضي أن يفيد من كلّ ذلك في معرفة المقصود من الألفاظ المستعملة في المنازعات المرفوعة أمامه بالنسبة للتصرفات والعقود، فإذا تبين له من خلال الأدلَّة وقرائن الأحوال أن المقصود من التصرف أو العقد هو معناه الحقيقي كان الأمر ظاهرًا له حيث يقضي بالظاهر من ذلك التصرف أو العقد، لاتحاد المعنى اللفظي مع القصد، وإذا تَبَيَّن له أنَّ القصد من ألفاظ العقد أو التصرف مخالف لمعناه الحقيقي فإنه يقضي بما يترتب على المعاني المقصودة من تلك الألفاظ.

---

(١) الموافقات، للشاطبي، ٤١٣/٣؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٥٧/٣

ومن خلال هذا يتبين أن لقواعد مقاصد المكلّفين فائدة في التطبيق الصحيح لنصوص القانون المتعلّقة بالعقود والتصرفات؛ فمثلاً نص قانون الأحوال الشخصيّة اليمني الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م في مادته رقم (٢٤٦) على أن: "الإيصاء بشيء أو بجزء غير معين، معلّق على تفسير الورثة"، فهذا النصّ يشير إلى أن من الإشكالات في الوصايا: تفسير المراد من إيصاء الموصي بالشيء، أو بالجزء غير المعين، ولرفع هذا الإشكال لابد من الرجوع إلى قواعد مقاصد المكلّفين للتعرف على صيغة الوصية، وحيث إنّ ورثة الموصي هم أقرب الناس إلى معرفة مقصود مورثهم من الوصية فقد كان في الرجوع إليهم لتفسير الوصية تحديدٌ للمراد، وقد أشار محمد أبو زهرة إلى هذا الأمر بقوله: "إن التجهيل لم يتركه الشارع، بل جعل للورثة حق البيان، لأنهم خلفاء مورثهم فيقومون مقامه فيما فاته من بيان، ولأنهم أقرب الناس إليه وأدناهم منه، فهم أعرف بمقاصده وغاياته ومراميه، ولذلك يُوكَلُ البيان إليهم، فإذ قال الموصي: أوصيت لفلان بجزء من مالي أو بشيء منه كان للورثة أن يعطوه أي قد قدر شاء ممّا يحتمله اللفظ، وإن لم يكن له وارث كان البيان لولي الأمر باعتبار أن التركة ستئول إلى بيت المال ولأنه ولي من لا ولي له"[1].

كما أن القاضي يفيد من قواعد مقاصد المكلّفين في التوصل إلى أحكام العقود والتصرفات التي تكون ألفاظها محتملة لأكثر من أمر، ذلك أن من الألفاظ ما يكون صريحًا موضوعًا لذلك العقد أو التصرف بحيث لا يفهم منه غيره عند الإطلاق، ومنها ما يكون كنائيًا غير موضوع لذلك العقد أو التصرف لاحتماله العقد أو التصرف ولاحتماله غير ذلك، وهذه الألفاظ الصريحة والكنائية تدل على إرادة العاقد أو المتصرف من ذلك العقد أو التصرف وإثبات حكمه، فالصريح يستقل بنفسه في إثبات حكمه، بينما يستعان في تحديد حكم الكناية بشاهد من حال، أو جاري

(١) شرح قانون الوصية، ١١٨.

عرف، أو نية تقارن اللفظ، فتترجح بذلك معرفة الإرادة[1]، لأن التعرف على البواعث والمقاصد لابد أن يكون معتمدًا أمام القضاء على أمور مادية واضحة، ولذلك قال محمد أبو زهرة: "لكي يكون القانون غير غريب من كل الوجوه ويكون متفقًا مع الأصول المقررة في الإثبات بين يدي القضاء يجب أن يكون الأمر في تعرف الباعث والمقصد معتمدًا على أمور مادية واضحة بيِّنة، لا على مجرد الحدس والتخمين"[2]، ولذلك فإن الحكم لا يترتب على النيّات والقصود ما دامت مستترة لا يدل عليها شيء خارجي محسوس أو قرينة مادية مقبولة؛ فإذا ما دل على وجودها شيء خارجي مادي أو قرينة معتبرة ترتب عليها أثر معين.

ومن المعلوم شرعًا وقانونًا أن التعبير عن الإرادة في العقود لا يُعْرف إلاّ بما يُظْهِرُها من لفظ أو ما يقوم مقامه ممَّا يُكَوِن الإيجاب والقبول، ويطلق عليه صيغة العقد، التي يكتشف القاضي من خلالها إرادة المتعاقدين في الواقع، لأن الصيغة هي المظهرة لأحكام العقود، ولأن الإرادة وحدها لا تصلح أن تكون مناطًا للأحكام، لأنها أمر خفي، ولهذا لو عزم شخص في نفسه على الزواج دون أن يظهر هذه الرغبة الخفية أو هذا العزم الباطني بصيغة تدل على مكنون النفس لفظًا، أو كتابة، أو إشارة، فإنه لا يلتزم بذلك قضاء، إذ لا يمكن معرفة رغبته إلا بما يظهره[3]، وعلى هذا درج القانون اليمني في توضيح كيفية التعبير عن الإرادة، بأنْ تكون باللفظ بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفًا، كما تكون باتّخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على حقيقة المقصود، فقد نصَّت المادة رقم (١٤٨) من القانون المدني على ذلك بقولها: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة المفهمة والمتداولة عرفًا، كما يكون باتّخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكًا في دلالته على

---

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ١٣٢/٣؛ مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ٢٩٣.

(٢) شرح قانون الوصية، ٤٥.

(٣) المدخل في الفقه الإسلامي، لمحمد سلام مدكور، ٣٧٧، ٣٧٨.

حقيقة المقصود، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان مسبقًا على أن يكون صريحًا".

فمجموع قول الزوجة – أو من ينوب عنها –: زوجتك نفسي، أو موكلتي، على صداق قدره كذا، وقول الزوج: قبلت، يمثل صيغة العقد، وهكذا بالنسبة لسائر العقود، كما أن قول الملتزم: أوصيت بكذا، أو أوقفت كذا، أو طلقت زوجتي، يمثل إرادته، وهكذا بالنسبة لسائر الالتزامات، إلا أنه لابد أن تكون صيغ العقود وألفاظ التصرفات أو ما يقوم مقامها واضحة الدلالة في لفظ المتعاقدين والمتصرفين وعرفهم، قاطعة في الرغبة في تحقيق العقود والتصرفات دن شك أو احتمال[1]، لأن العبرة بإرادة المتكلم من العقود والتصرفات وكافة الأقوال والأفعال[2].

وعلى أية حال فإن فهم قواعد مقاصد المكلفين يفيد في تطبيق مضمون نصوص القانون تطبيقًا سليمًا؛ لأن هناك علاقة بين الروابط الاجتماعيّة والسلوك الظاهري للأفراد، وتلك العلاقة هي أن نصوص القانون تُنظّم الروابط الاجتماعيّة بين الأفراد، وهذه الروابط تستلزم قيام مظهر خارجي لسلوك الأفراد، هو موضوع الرابطة بينهم؛ والتي تتولى أحكام القانون تنفيذها، ببيان طبيعتها، والآثار المترتبة عليها[3].

ثانيًا: أن هذه القواعد تفيد في إرشاد القاضي إلى تطبيق الجزاء القانوني المدني المناسب.

الجزاء المدني هو: "الجزاء الذي يترتب في حالة الاعتداء على حق خاص، أو إنكاره"[4]، والغاية المقصودة منه هي: إصلاح الآثار الضارة الناشئة عن

(١) المدخل في الفقه الإسلامي، لمحمد سلام مذكور ، ٣٧٨.
(٢) الموافقات، للشاطبي، ٢٦٨، ٢٦٩؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ١/١٧٠، ٣/٥٧، ١١١، ١٣٣
(٣) نظرات في الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، ٦٧.
(٤) السابق، ٧٤.

الاعتداء على الحق، أو إنكاره[1]، ومن أنواع الجزاء المدني ما يلي:ــ

١ – **الجزاء المباشر**: ويقصد به: جبر الفرد على القيام بما لم يقم به مختارًا، كالحكم على من يحوز مال الغير بدن وجه حق بأن يرده إلى مالكه.

٢ – **إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة للقانون**: ويقصد بها: عدم الاعتداد بالعمل المخالف للقانون، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل نشوء التصرف، ولكن تلك الإعادة للحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة للقانون قد تكون بالبطلان، أي: "عدم الاعتداد بالعمل المخالف للقانون"[٢]، وبالتالي يجب إزالة المخالفة، وإزالة آثارها، كهدم بناء في أرض مملوكة للغير بغير وجه حق وبدون إذن مالكه، وقد تكون إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع المخالفة للقانون بالفسخ، الذي هو من صور إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل نشوء الرابطة القانونية، وهذه الصورة تختلف عن صورة البطلان، إذ في حالة البطلان يقع التصرف باطلاً لا يعتد به، وفي حالة الفسخ يقع التصرف صحيحًا من جميع الوجوه، ولكن يحصل بعد نشوئه ما يمنع تنفيذه، فيقضي القاضي بفسخه، فيتحلل الطرفان منه، ويعادان إلى حالتهما قبل التعاقد، كحق فسخ المشتري عقد بالبيع إذا لم يقم البائع بتسليم المبيع، فالفسخ هنا هو جزاء عدم تنفيذ العقد، وليس جزاء بطلانه.

٣ – **التعويض**: وهو في الغالب مبلغ تقديري يدفع لأجل إصلاح الضرر الذي أحدثه الشخص بالغير مخالفًا للقانون، وقد يكون التعويض هو الجزاء المباشر الأصلي، كالتعويض الذي يلزم صاحب سيارة عن إصابة تسبَّب فيها للغير في شخصه أو ماله.

٤ – **الجزاء المكمل**: الجزاء المدني قد يكون مكملاً للجزاء الأصلي، كمن يحكم عليه القاضي بتسليم أرض الغير، أو داره، أو سيارته التي غصبها من مالكها – وهذا

---

(١) السابق، ٧٣.

(٢) السابق، ٧٥.

الحكم وهو الرد، هو الجزاء الأصلي – أمّا التعويض عن حرمان مالكها من الانتفاع بها مدة الوقت الذي كانت بيد الحائز الغاصب فهو الجزاء المكمل[1].

وهكذا فإن لمقاصد المكلّفين أثر في تحديد نوع الجزاء المدني، فمن خلال تلك المقاصد يهتدي القاضي إلى القضاء بالجزاء المدني المناسب على من يثبت مخالفته للقانون، فقاضي الأحوال الشخصيّة، مثلاً، يقضي بالجزاء المباشر بإجبار الفرد على القيام بعملٍ ما، كالحكم بتسليم الطفل لمن له الحق في حضانته شرعًا[2].

كما أن معرفة مقصد المكلّف من التصرف تفيد القاضي في اتّخاذ جزاء بطلان ذلك التصرف، كما إذا توصل القاضي إلى أن قصد المكلّف من التصرف هو الإضرار بالغير، وقد أشار الدكتور/ وهبة الزحيلي إلى هذا بقوله: "إذا قصد الإنسان من استعمال حقه الإضرار لا المصلحة المنشودة من الحق، كان استعماله تعسفًا محرّمًا، ووجب منعه، والدليل على ذلك: تحريم الرجعة إضرارا بالزوجة، والوصية إضرارًا بالورثة والدائنين، وسفر الزوج بزوجته بعيدًا عن بلدها وأهلها إضرارًا بها، ورفع الدعوى على الفضلاء بالتّهم الباطلة للتشهير بهم، فكلّ ذلك وأمثاله تعسف حرام، وأساس المنع من التصرف في مثل ذلك، هو قصد الإضرار بالغير، ويعرف قصد الضرر بالأدلّة والقرائن"[3]، ويترتب على التعسف في هذه الحالة: تأديب صاحب الحق المتعسّف، وبطلان التصرف إذا كان قابلاً للإبطال، وتعويض المضرور من هذا التعسف[4].

وبالإضافة إلى ذلك فإنّ معرفة القاضي لمقاصد المكلّفين تعينه على معرفة ما إذا كان غرض المكلّف من التصرف غير مشروع، كأن يقصد الشخص من استعمال حقه تحقيق غرض غير مشروع لا يتفق مع المصلحة المقصودة من الحق،

---

(١) انظر في كل ذلك [نظرات في الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان ، ٧٣- ٧٦].

(٢) السابق، ٧٤.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته، د.وهبة الزحيلي، ٤/٢٨٦٦.

(٤) السابق، نفس الجزء، ٢٨٦٧.

وإنما يستتر وراء استعمال الحق المشروع[1]، كاتخاذ عقد الزواج وسيلة لتعذيب الزوجة وإيذائها بدنيًا ومعنويًا، وكفسخ خطبة النكاح، فإن القصد من هذا الفسخ قد يعرف من خلال الضرر المترتب على ذلك الفسخ، ولذلك يستند القاضي ببعض القواعد التي تصلح أساسًا قانونيًا متينًا لتعويض المضرور[2]، كقاعدة: "**لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ**"، وقاعدة: "**درء المفاسد أولى من جلب المصالح**"، وأساس هذا الجزاء: هو قصد الشخص من التصرف إيقاع الضرر بغيره، ويعرف ذلك بالأدلَّة، والقرائن، التي تعيِّن القصد[3].

ثالثًا: أن هذه القواعد تمثل عونًا للقاضي على التمييز بين التصرف المعتاد وغير المعتاد

إن معرفة القاضي لقواعد مقاصد المكلّفين تعينه على معرفة ما إذا كان غرض الشخص من التصرف غرضًا معتادًا أو غير معتاد، فقد يتصرف الإنسان في بعض الأحيان تصرفًا على نحو غير معتاد في عرف الناس، ثم يترتب على ذلك التصرف ضررًا للغير، فيُمنَع من ذلك التصرف قضاء، ويستعان بالعرف في معرفة قصد الضرر من التصرف، فالعرف قد يحدد ما إذا كان التصرف معتادًا أو غير معتاد[4]، وبتطبيق ذلك في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني، يمكن القول: إن القاضي يهتدي بالقصود والنيَّات إلى منع التصرفات غير المعتادة، ومن ذلك – على سبيل التمثيل لا الحصر – أنّ للقاضي أنْ لا يأذن للوصي بالتبرع من مال القاصر إلاّ فيما جرى به العرف من ردّ تبرعات أو هبات كانت قد وصلت إلى والده في الأعراس، والموت، مثلاً، بما لا يُجحِف، لأن من الأعراف الجارية في أغلب مناطق اليمن تبادل التبرعات في الأعراس، والموت، ويقضي العرف بأنَّ على من يقبل التبرعات

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د.وهبة الزحيلي ، ٤/ ٢٨٦٧.

(٢) بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون– أصول القانون مقارنة بأصول الفقه– د. محمد عبد الجواد محمد، ١٦٠.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، ٤/ ٢٨٦٨.

(٤) السابق، ٤/ ٢٨٧١.

في مثل هذه المناسبات أن يقوم بردّ مثلها – أو ورثته من بعده – إلى المتبرع وإن لم يفعل – أو ورثته من بعده – فإنه يكون هو وورثته محل ازدراء في عرف الناس، وقد نصّت المادة رقم (٢٨٣) من القرار الجمهوري رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيّة على أنه: "لا يصح للوصي التبرع من مال القاصر إلا فيما جرى به العرف، من ردّ تبرعات أو هبات كانت قد وصلت إلى والده في الأعراس والموت ونحو ذلك بما لا يجحف"، فهذا النّصّ يجعل تبرع الوصي في مال القاصر مقيّدًا بما جرى به العرف، وفي مناسبات خاصة، كالأعراس، والموت، وبما لا يؤدي إلى الإجحاف بالقاصر، إلا أن تحديد ما إذا كان المقصود من تصرف الوصي الإضرار بالقاصر يعرف بدلالة العرف، فليس للوصي أن يتبرع في مال القاصر، إلا بما جرى به العرف، وإلاّ اعتبر قاصدًا الإضرار بالقاصر.

رابعًا: أن هذه القواعد تفيد في إرشاد القاضي إلى عدم اعتبار التصرفات الصادرة عن بعض الأشخاص وفي بعض الأحيان

إذا كانت المقاصد معتبرة في العقود والتصرفات، إلا أن هذه المقاصد قد لا تعتبر بالنسبة لبعض الأشخاص، كالمجنون، وفي بعض الأحوال، كالإكراه، ولهذا فإن القاضي يفرّق بين صدور العقود والتصرفات في أحوال الاختيار والإرادة، وبين صدورها في أحوال الاضطرار، حيث يترتب الحكم على صدور التصرف من عاقل، مختار، وقد أشار الشاطبي إلى هذا بقوله: "إن العمل إذا تعلق به القصد تعلقت به الأحكام التكليفية، وإذا عري عن القصد لم يتعلق به شيء منها، كفعل المجنون"[1].

خامسًا: أن هذه القواعد تفيد في إعانة القاضي على اكتشاف سوء النيّات في بعض الأفعال ورفع الضرر والتقليل منه قبل وقوعه.

وتوضيح ذلك: أنه قد يتصرف الإنسان بعض تصرفات لا يبدو من ظاهرها الإضرار بالغير، إلا أنه عند إعمال النظر في حقيقة ذلك التصرف يتضح أن المقصود به الإضرار بالغير، ولذلك فإن القاضي يفيد من قواعد مقاصد المكلّفين في

---

(١) الموافقات، ٣ ٤١٣

رفع تلك الأضرار، ولذلك وردت قاعدة المعارضة بنقيض المقصود[1]، التي يعبَّر عنها بقاعدة: "**من استعجل الشيء قبل أوانه عُوقب بحرمانه**"[2]، وبمعناها قاعدة: "**من تَعَجَّل حقَّهُ أو ما أبيح له قبل وقته على وجه محرَّم عُوقب بحرمانه**"[3]، أي أن الحرمان من الشيء قد يكون عقابًا في حق من يستعمل حقه على وجه محرم قبل وقته، لأن استعجاله لحقه بشيء محرم باعثٌ لحرمانه من حقه الذي استعجله، وفي هذا عقابٌ له بمعاملته بنقيض قصده، وذلك بإلغاء السبب الذي أتى به قبل وقته، وعدم ترتب أي حكم على هذا السبب الذي صار وجوده كعدمه[4]، وفي هذا كثير من جوانب التشريع التي تحقق مقاصد الشريعة من جلب المصالح ودرء المفاسد بسد باب الفساد والالتفاف على الحقوق، فمثلاً؛ يعاقب القاتل عمدًا لمورثه بحرمانه من إرثه، لتعجله الوقت الذي يرث به، بقتل مؤرثه، فيعاقب بنقيض قصده، فلا يكون وارثًا لمؤرثه[5]، وفي ذلك الحرمان دفع ضرر، لأن الشخص إذا علم أنه سيعاقب بحرمانه من الميراث إذا قتل مؤرثه، فإنه سيمتنع عن القتل، فوجود العقاب بحرمانه فيه دفع ضرر القتل عن المؤرث بالحفاظ على نفسه، إذ الحفاظ على النفس من الضرورات التي تعتبر من مقاصد الشريعة.

سادسًا: أن هذه القواعد تفيد في إعانة القاضي على التعرف على مقاصد المكلَّفين غير الظاهرة من خلال دلالات الأحوال

هذه الإفادة تتجلى في النظر إلى مقاصد المكلَّفين غير الظاهرة في عقودهم وتصرفاتهم من خلال قرائن الأحوال، ومن تلك القرائن: السكوت، فالسكوت قد

---

(١) القواعد، للونشريسي، ١١٣؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٢٧٩، ٢٨٠؛ القواعد، للحصني، ٣/٢٤١

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٨٤؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٢٧وانظر [المادة: ٩٩ من مجلة الأحكام العدلية، درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٨٧].

(٣) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٢٤٧.

(٤) تأسيس النظر، للدبوسي، ١٩؛ القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٢٤٦

(٥) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٨٤؛ القواعد، للونشريسي، ١١٣؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٢٨٠؛ القواعد، للحصني، ٣/٢٤١؛ القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٢٤٦

يُستدل به على الإذن في التصرفات والعقود، أو على عدم الإذن فيها، لأن السكوت وإن كان الغالب عدم الاعتداد به في التصرفات، بناء على قاعدة: "**لا ينسب إلى ساكت قول**"[1]، إلا أن السكوت قد يكون في معرض الحاجة بيان، بمعنى: أن السكوت عندما يلزم التكلم - أو عندما يكون الكلام مطلوبًا - فإنه يُعَدُّ إقرارًا وبيانًا[2]، فسكوت البكر البالغ عند أخذ رأيها واستئذانها من قبل وليّها في تزويجها يقوم مقام نطقها وإذنها بذلك، فيُكتفى بسكوتها، ولكن لابد من دلالة الأحوال والقرائن على أن سكوتها رضًا، فإنْ قامت قرينة تدل على عدم الرضا فإن سكوتها لا يُعَدُّ إذنًا في تزويجها ومن تلك القرائن: صياحها، وبكاؤها، فذلك قرينة ظاهرة على امتناعها في التزويج وعدم رضاها[3]، فهذا مثال لإفادة قاضي الأحوال الشخصيَّة من قرائن الأحوال في فهم مقاصد المكلّفين، وفهم الواقع، والحكم على أساسه.

ومثال ذلك في الجانب الجزائي: أن سكوت الشخص عن قطع عضو من أعضائه لا يكون إذنًا لغيره في القطع، ولا يقوم سكوته مقام النطق[4]، ولذلك لا ينفع الجاني الاحتجاج بسكوت المجني عليه.

وقد ذكر القانون اليمني هذه القاعدة في المادة السابعة من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٠ من الميلاد بشأن القانون المدني التي نصّت عليها بقولها: "لا ينسب لساكت قول إلا ما استثني بنص شرعي"، وعلقت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني على هذه المادة بقولها: "السكوت عدم، فهو لا يعني شيئا، غير أن الفقهاء

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٨٧؛ الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٤١؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١/٤٠٠؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٠٧؛ جامعة الفوائد في الضوابط والقواعد، للأزهري، ٢٢

(٢) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٥٩.

(٣) التحرير، لابن الهمام، وشرحه: تيسير التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر، ١/٨٤؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٧٨؛ القواعد، للونشريسي، ١٣٦؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١/٤٠٠-٤٠١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٠٧-٣٠٨.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٧٨؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١/٤٠٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٠٧.

يعدون السكوت رضًا؛ كأن يكون هنالك حائل يحول بين الإنسان والتعبير عن إرادته تعبيرًا صريحًا بالموافقة، كحياء البكر يمنعها من الموافقة على الزواج"[1]، وهذا يعني أن استناد القاضي إلى هذه القاعدة له أساس قانوني، كما أن هذه القاعدة تفيده في معرفة وقائع القضايا المنظورة أمامه، فالقاضي قد يفيد من السكوت كدلالة على البيان في الواقعة المنظورة أمامه، إما بيانًا على عدم الرضا بالتصرف، أو بيانًا على الرضا بالتصرف إذا كان السكوت في موضع يلزم فيه البيان، فدلالة حال الساكت تقوم مقام البيان[2].

والخلاصة: أن معرفة قواعد مقاصد المكلّفين تجعل القاضي يتمهل في إصدار الأحكام القضائية، لأن معرفة القصود و النيّات تساعده على تحقيق العدل، وعلى العكس من ذلك فإن عدم معرفة القصود و النيّات قد يجعل الحكم القضائي غير عادل.

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، الكتاب الأول، ١٣.

(٢) التحرير، لابن الهمام، وشرحه: تيسير التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر، ٨٤/١.

المبحث الخامس

أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد اعتبار مقاصد المكلّفين في قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني

من الأمثلة التي يتضح فيها دخول مقاصد المكلّفين في قانون الإجراءات الجزائيّة اليمنيّ ما يلي: -

أولاً: التطبيق في الشكوى الجزائيّة

نصتّ المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م على تعريف الشكوى بقولها: "الشكوى تعني الادعاء الشفهي، أو الكتابي، المقدم إلى النيابة العامّة بأنّ شخصًا معلومًا كان أو مجهولاً، قد ارْتكبَ جريمة"، فهذا النصّ يفهم منه أن للمقاصد و النيّات اعتبار في الشكوى الجزائيّة، لأن توجه القصد نحو الشكوى لابد له من تعبير دال عليه، شفاهة، أو كتابة، لأن القصد أمر خفي، ولا يتضح إلا بشيء ظاهر، فكان التعبير شفاهة أو كتابة دلالة على ما في النفس، وهو ما يتضمن الرضاء الصريح بتحريك الدعوى الجزائيّة، لأن الشكوى تعبير صريح عن إرادة المجني عليه في تحريك الدعوى الجزائيّة لإثبات مسئولية المشكو منه وتوقيع العقوبة القانونية في حقه، ولم يتطلب القانون شكلا معيناً للشكوى، حيث يمكن أن تقدم شفاهة أو كتابة، ما دام واقع الأمر يدل على أنها صادرة من الشاكي[1].

ثانيًا: التطبيق في اتّخاذ بعض الوسائل لتسهيل إجراءات المحاكمة.

نصتّ المادة رقم (٣٣٥) من نفس القانون على أنه: "إذا كان المتهم أو أحد الشهود غير مُلِم باللغة العربية فللمحكمة أن تستعين بمترجم"، كما نصّت المادة

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد شجاع، ٨١، ٨٢، ٨٧.

رقم (٣٣٧) من نفس القانون على أنه: "إذا كان المتهم أو الشاهد أبكمَ أو أصمَّ ولا يعرف الكتابة، عَيّن القاضي للترجمة بينه وبين المحكمة من اعتاد مخاطبة أمثاله بالإشارة أو الوسائل الفنية الأخرى"، فهذان النصان يفهم منهما مراعاة القصود و النيَّات من جهتين؛ إحداهما: مراعاة قصد المتهم والشهود، والثانية: مراعاة قصد القاضي.

فالنسبة لمراعاة قصد المتهم أو أحد الشهود: فإنه لمَّا كان قد يتعذر على أحدهم التعبير بقصده – في حال كون أحدهم غير مُلِمٍّ باللغة العربية – كان لابد من فهم قصده وأقواله عن طريق الاستعانة بمترجم يعبر للمحكمة عَمّا يريد المتهم أن يقوله هو أو أحد الشهود، وكذلك الشأن في حال أن يكون المتهم أو أحد الشهود أبكمَ أو أصمَّ، فإن معرفة قصده لا يتم إلا عن طريق ترجمة ما يريد قوله عن طريق لغة الإشارة أو أية وسائل أخرى يتحقق بها فهم ما يقوله، أو عن طريق الكتابة إذا كان يعرف الكتابة.

وأما بالنسبة لمراعاة قصد المحكمة: فإنه لمَّا كان قد يتعذر على المحكمة إفهام المتهم أو أحد الشهود بالإجراءات والمناقشات – إذا كان أحدهم غير مُلِمٍّ باللغة العربية، أو إذا كان أحدهم أبكمَ، أو أصمَّ ولا يعرف الكتابة – كان من المتعين على المحكمة الاستعانة بمترجم لغير الملِمِّ باللغة العربية، والاستعانة بمن يفهم لغة الصُم والبُكم، لأنه لا سبيل أمام المحكمة لفهمهم وإفهامهم إلا ذلك[1].

ثالثًا: التطبيق في إيضاح إجراءات المحاكمة

نصت المادة رقم (٢٦٥) من نفس القانون على أن من قواعد الإجراءات أمام المحاكم: أنّ: "كلّ من يسأل يتعين أن يجيب شفاهة (هكذا) ومن الذاكرة، ومع

(١) سبق الإشارة إلى هذا تفصيلاً في البند الثالث فقرة (ج) من المبحث السادس من الفصل الثالث من الباب الأول من هذا البحث.

ذلك يجوز للمحكمة أن تسمح لهذا الشخص بالاستعانة بمذكرات مكتوبة..."، وتطبيقا لاعتبار مقاصد المكلفين على هذا النصّ يتضح أن القصد لمّا كان أمرًا خفيًا باطنيًا كان لابد من التعبير عمّا في النفس باللفظ أو بالكتابة، ولهذا راعى المشرع اليمني هذا الجانب، حيث لم يمنع المتهم من التعبير عمّا في نفسه أمام المحاكم بالتلفظ أو بالكتابة ما دام واقع الأمر يدل على التعبير عمّا في نفسه.

رابعًا: التطبيق في بعض الأحوال التي لا يصلح القاضي فيها لنظر الدعوى الجزائيّة

ذكر قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني أحوالاً لا يصلح فيها القاضي لنظر الدعوى الجزائيّة، ويجب عليه أن يتنحى فيها، ومن تلك الأحوال: ما جاء في الفقرتين (أ)، و(ب) من المادة رقم (٢٧١) منه أنه: "لا يصلح قاضيا ويجب أن يتنحى: "(أ) المجني عليه في جريمة (ب)الأزواج، والإخوة، والأخوات، والأصول، والفروع، لأحد أطراف الدعوى، وكل من له قرابة للدرجة الرابعة"، فهذا النصّ ذكر أنّ من الأحوال التي لا يصلح فيها القاضي لنظر الدعوى الجزائيّة: أن يكون مجنيًا عليه في جريمة، أو أن يكون له قرابة لأحد أطراف الدعوى – حسبما هو وارد في النصّ – وهو ما يعني أن المشرع اليمني نظر إلى ما قد يعتري القاضي من قصود عند نظر الدعوى الجزائيّة في هاتين الحالتين، فقد يقصد القاضي الإضرار بالجاني إذا كان القاضي هو المجني عليه، ولذلك يجب عليه الامتناع عن نظر القضية، كما أن القاضي قد يقصد منفعة قرابته إذا كان أحد أقاربه طرفًا في الدعوى، وهو ما يعني أن القاضي قد يقصد الإضرار بالطرف الذي يكون خصما لقرابته ولذلك امتنع عليه نظر القضية[1].

---

(١) للمزيد أنظر ما سبق في البند الثاني من المبحث الخامس من الفصل الثاني من الباب الأول من هذا البحث.

خامسًا: التطبيق في تكليف الخصوم بالحضور لنظر الدعوى الجزائيَّة

نصت الفقرتان: الأولى، والثانية، من المادة رقم (٣١٠) من نفس القانون على أنه: "يجب أن تتضمن ورقة التكليف بالحضور التي يحررها المدعي أو الكاتب المختص حسب الأحوال البيانات الآتية: (أولاً) اسم المدعي، ولقبه، وصفته، ومهنته، وموطنه (ثانيًا) تعيين كاف للمتهم بذكر اسمه، ولقبه، وسنه، ومهنته، وموطنه، فإن لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن كانَ له"، فهذا النَّصّ يفهم منه: أنه لابد من توجه القصد والإرادة في التكليف بالحضور نحو المدعي، والمتهم، وذلك بتعيينهما وتمييزهما بكل ما يزيل اللبس والغموض، والحكمة من تحديد بيانات المدعي والمتهم بيانا كافيا تتمثل في تحديد أشخاص الدعوى بعينهم، ورسم حدود الدعوى من حيث الأشخاص، كي تتقيد المحكمة بذلك[1].

سادسًا: التطبيق في إقرار المتهم

نصت المادة رقم (٣٥٢) من نفس القانون على أن المتهم "... إذا أقر بارتكاب الجريمة، ناقشته المحكمة تفصيلا، واطمأنت إلى أن إقراره صحيحًا، سَجّلَ (أي القاضي) إقراره بكلمات تكون أقرب إلى الألفاظ التي استعملها في إقراره..."، فهذا النَّصّ يقتضي تطبيقه إعمال القاضي لقاعدة: **"الاعتبار بالمعاني والمقاصد في الأقوال والأفعال"**[2]، حيث لم يوجب النَّصّ تدوين إقرار المتهم بالجرم المنسوب إليه حرفيًا، بل جَوَّز تدوين إقراره بكلمات وعبارات تكون أقرب إلى الألفاظ التي استعملها في إقراره ما دام تدوين الإقرار يدل على معناه، وهذا تطبيق لاعتبار المعاني دون التقيد بالألفاظ والمباني.

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر أنقع، ٢١١.

(٢) إعلام الموقعين، لابن القيم، ١١١/٣.

سابعًا: التطبيق في الأحكام الجزائيَّة

نصت المادة رقم (٣٧٤) من نفس القانون على أن يُبيَّن في الحكم: "أسماء الخصوم، وألقابهم، وصفاتهم، وموطن كل منهم، وحضورهم، وغيابهم"، واعتبارا لمقاصد المكلّفين في مضمون هذا النصّ يتضح أن الحكمة في بيان الحكم الجزائي لأسماء الخصوم، وألقابهم، وصفاتهم، وموطن كل منهم، وحضورهم، وغيابهم، تتمثل في تحديد أشخاص الدعوى بعينهم، وتوجه القصد إليهم دون غيرهم في الحكم الجزائي.

المبحث السادس

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قواعد مقاصد المكلّفين وتطبيقاتها في قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني

من خلال ما سبق دراسته لقواعد مقاصد المكلّفين، ولبعض التطبيقات الدالة على اعتبار تلك القواعد في الإجراءات الجزائيّة يتضح أن لتلك القواعد فوائد في هذا القانون، منها ما يلي: -

أولاً: أنّ هذه القواعد تفيد في عدم تقييد القضاء للمجني عليه بألفاظ معينة للتعبير عن إرادته في الشكوى الجزائيّة.

لماّ كانت الشكوى الجزئية تعبير عن إرادة المجني عليه في تحريك الدعوى الجزائيّة لإثبات مسئولية المشكو به وتوقيع العقوبة القانونية في حقه فإنّ هذا يتطلب شيئًا ظاهرًا هو التعبير الدال على إرادة الشكوى، شفاهة، أو كتابة، ولهذا لم يتطلب قانون الإجراءات الجزائيّة شكلاً معينًا لتعبير الشاكي عن شكواه الجزائيّة، حيث يمكن أن يُقدّمها شفاهة أو كتابة ما دام واقع الأمر يدل على ذلك[1]، وهذا ما نصّت عليه المادة الأولى من قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني بقولها: "الشكوى تعني: الادعاء الشفهي، أو الكتابي، المقدم إلى النيابة العامّة، بأن شخصًا معلومًا كان أو مجهولاً قد ارتكب جزيمة"، والتطبيق السليم لهذه المادة يقتضي تمكين الشاكي من التعبير عن شكواه بكل ما يدل على ذلك، لأن العبرة بمقاصد الألفاظ ومعانيها.

ثانيًا: أنّ هذه القواعد تفيد في تمكين القاضي للمتهم من التعبير عمّا في نفسه بكلّ ما يدلّ على ذلك

نص قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني في مادته رقم (٢٦٥) على أن من قواعد الإجراءات أمام المحاكم: أنّ "كلّ من يسأل يتعين أن يجيب شفاهة(هكذا) ومن

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد شجاع، ٨١، ٨٢، ٨٧.

الذاكرة، ومع ذلك يجوز للمحكمة أن تسمح لهذا الشخص بالاستعانة بمذكرات مكتوبة..."؛ والتطبيق السليم لهذا النصّ – بمقتضى قواعد مقاصد المكلّفين – يقتضي إتاحة القاضي الفرصة أمام المتهم للتعبير عماً في نفسه، ولذلك فإنّ على القاضي أن يسمح للمتهم بالاستعانة بمذكرات مكتوبة، لأن ذلك يساعد المتهم على التعبير عن إرادته، وبانضمام هذا إلى ما سبق ذكره من أن القانون قد جعل للمجني عليه التعبير عن شكواه بكلّ ما يدلّ على ذلك من القول أو الكتابة، يمكن القول: إن هذا يساعد القاضي بلا شك للوصول إلى فهم واقع الدعوى، وفهم مقصود أطراف الخصومة، ونظرًا لهذه الأهمية فإننا نجد أنّ من الفقهاء من أشار إلى أن للقصود اعتبارًا في فهم الدعوى، مثل قول الكرخي: "الأصل أنه يعتبر في الدعاوى مقصود الخصمين في المنازعة"(١).

ثالثًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في تحقيق العدل وإبعاده عن مواطن الظلم

سبق القول أنّ من الأحوال التي لا يصلح فيها القاضي لنظر الدعوى والتي يجب عليه أن يتنحى عن نظرها في قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني: أنْ يكون القاضي مجنيًا عليه في الدعوى، أو أن يكون أحد أطراف الدعوى من زوجاته، أو إخوانه، أو أخواته، أو أحد أصوله، أو فروعه، أو كلّ من له قرابة للدرجة الرابعة، فابتعاد القاضي عن نظر الدعوى في مثل هذه الأحوال تفيده بتجنبيه كل ما يسيء إليه، إذ قد يقصد القاضي الإضرار بالجاني إذا كان القاضي هو المجني عليه، كما قد يقصد القاضي منفعة أقاربه والإضرار بغير أقاربه إذا كان أحد أطراف الخصومة من قرابته(٢).

رابعًا: أنّ هذه القواعد تفيد القاضي في اتّخاذ الإجراء المناسب لمعرفة مقاصد أقوال المتهم والشاهد، وتعريفهما بما يريد.

من المعلوم والمشاهد أنه لا يقتصر تكلّم أطراف الخصومة، أو أحدهم، أو أحد الشهود على لغة واحدة، فقد يتكلم أحد هؤلاء لغة غير اللغة التي يتكلم بها الآخر،

---

(١) رسالة في الأصول، ٨٠.

(٢) سبق الإشارة إلى هذا في المبحث السابق، من هذا الفصل.

أو بلغة غير لغة القاضي، ولهذا كان لابد من فهم المقصود من كلام كلّ من: الخصوم، والشهود، والقاضي، وهذا لا يتأتى إلا باتّخاذ القاضي كل الوسائل الممكنة لفهم مقصود الخصوم والشهود وإفهامهم ما يقصده من الأقوال والإجراءات، غير أنه لمّا كانت اللغة العربية في اليمن هي المعمول بها كان لابد على القاضي من الاستعانة بمترجم يترجم غير اللغة العربية إليها والعكس إذا كان المتهم أو أحد الشهود غير ملم باللغة العربية، وهذا ما نصّت عليه المادة رقم (٣٣٥) من قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني بقولها: "إذا كان المتهم أو أحد الشهود غير مُلِم باللغة العربية فللمحكمة أن تستعين بمترجم..."؛ لأنّ من فوائد الترجمة: أنها تبين للقاضي المراد من أقوال المتهم والشاهد، كما أنها تبين للمتهم والشاهد مقصود القاضي من الإجراءات، كما أنّ على القاضي – في سبيل فهم وقائع الدعوى – أن يستعين بمترجم يفهم لغة الصم والبُكْم – إذا كان في الدعوى مَنْ هُمْ مِنْ هذه الشريحة – سواء كان متهمًا أو شاهدًا، لما في هذا الإجراء من فهم القاضي لأقوالهم، ولإفهامهم ما يريد قوله.

خامسًا: أنّ هذه القواعد تفيد القاضي في معرفة مقصود المتهم من الإقرار

لماّ كان من قواعد مقاصد المكلّفين: أن "**الأمور بمقاصدها**"، وأن: "**الاعتبار بالمعاني والمقاصد في الأقوال والأفعال**"، فإن القاضي يفيد من هاتين القاعدتين وغيرهما في الفهم الدقيق لمراد المتهم من الاعتراف، فعلى القاضي أن يفهم ما يقوله المتهم وما يقصده من ذلك الاعتراف، وهذا يتطلب من القاضي مناقشة المتهم مناقشة تفصيلية لإقراره بالجرم المنسوب إليه، ولهذا نص قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني – في المادة رقم (٣٥٢) على أن المتهم "... إذا أقرّ بارتكاب الجريمة ناقشته المحكمة تفصيلا واطمأنت إلى أن إقراره صحيحًا، سَجّل (أي القاضي) إقراره بكلمات تكون أقرب إلى الألفاظ التي استعملها في إقراره..."، ولهذا فإنّ على القاضي اعتبار المعاني في إقرار المتهم دون التقيد بالألفاظ، وقد أشار ابن قيم الجوزية إلى هذا بقوله: "إن الإقرار إذا كان لعلّة اطلع عليها الحاكم لم يلتفت إليه، ولذلك ألغينا إقرار المريض مرض الموت بمالٍ لوارثه، لانعقاد سبب التهمة، واعتمادا على قرينة

الحال في قصده تخصيصه"[1].

سادسًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في تحديده للأطراف الذين تتعلق بهم الدعوى تحديدًا دقيقًا وتوجيه الحكم الجزائي إليهم دون غيرهم

تتطلب الأحكام القضائية التحديد الدقيق لمن تتعلق بهم الدعوى وإجراءاتها حتى إصدار تلك الأحكام، ولهذا وجب أنْ يشتمل الحكم على بيان أسماء الخصوم، وألقابهم، وصفاتهم، وموطن كلّ منهم، وحضورهم، وغيابهم[2]، لأن اشتمال الحكم على هذه البيانات يفهم منه أنّ المحكمة أرادت توجيه الحكم إلى هؤلاء الأشخاص بعينهم، وبناء على ذلك فإنّ للقاضي أنْ يطلب من دوائر الدولة المختصة كلّ البيانات عن الأشخاص المتعلّقة بهم الدعوى عند الحاجة إلى ذلك.

(١) الطرق الحكمية، ٨.

(٢) انظر ما سبق ذكره في تطبيقات قواعد مقاصد المكلّفين في قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني.

المبحث السابع

أمثلة تطبيقية للإفادة من قواعد اعتبار مقاصد المكلّفين في قانون الجرائم والعقوبات اليمني

نستعرض في هذا المبحث بعض الأمثلة التطبيقية لقواعد اعتبار مقاصد المكلّفين في قانون الجرائم والعقوبات اليمني، وذلك على النحو التالي: -

أولاً: التطبيق في مبدأ تطلب ركن معنوي للجريمة.

نصت المادة السابعة من قانون الجرائم والعقوبات الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م على أنه: "لا يسأل شخص عن جريمة يتطلب القانون لتمامها حدوث نتيجة معينة إلا إذا كان سلوكه فعلاً أو امتناعا هو السبب في وقوع هذه النتيجة..."، كما نصّت المادة الثامنة من نفس القانون على أنه: "لا يسأل شخص عن جريمة إلا إذا ارتكبها قصداً عمداً، أو بإهمال"، ونصت المادة التاسعة من نفس القانون على أنه: "يتوافر القصد إذا ارتكب الجاني الفعل بإرادته وعلمه وبنية إحداث النتيجة المعاقب عليها..."، فهذه النصوص جميعها تشير إلى أن من المبادئ العامّة للتجريم والعقاب: تطلب ماديات لقيام الجريمة، أي تطلب ركن مادي للجريمة، واشتراط معنويّات لقيام الجريمة، أي تطلب ركن معنوي للتجريم[1].

فالبنسبة للركن المادي: فإنّ جوهره السلوك، فلا يمكن لجريمة أن تقع بغير فعل أو ترك، لأن المشرع لا يعاقب على النوايا المجردة وذلك لسبب بسيط هو أن أوامر القانون ونواهيه لا تنتهك بمجرد الرغبة في التمرد عليها، وإنما تنتهك حين يسلك الشخص مسلكًا يخالف ما يأمره القانون به أو ينهاه عنه[2]، إلا أنه في بعض الجرائم لا يكتفي المشرع بالسلوك وحده، بل يشترط لتجريمه أن يفضي إلى نتيجة

---

(١) دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي الإسلامي، د. محمود نجيب حسني، ٢، ٤، ٥؛ قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٥٤-٥٩، ٢٠١-٢٠٧.

(٢) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٥٤.

معينة، كما هو الشأن في جريمة القتل، فلا يكفي لوقوعها أن يعتدي الجاني بفعله على غيره، بل يلزم – فضلاً عن ذلك – أن يؤدي هذا الفعل إلى وفاة الغير، فالوفاة أمر مستقل عن فعل الجاني، وكلاهما لازم لتمام الجريمة، والنتيجة – بطبيعتها – ترتبط بالسلوك الذي أفضى إليها برباط السببية، فإذا انتفت هذه العلاقة زال عنها وصف النتيجة[1]، وعن الركن المادي للجريمة وما يترتب عليه من الأذى يقول محمد أبو زهرة: "الركن المادي هو: الفعل أو القول الذي ترتب عليه الأذى بآحاد الناس، أو الإفساد في المجتمع، فركن الجريمة في الزنى ذلك الفعل المفسد للنسل، وركن الجريمة في الدماء الاعتداء بالفعل الذي يعرض النفس أو العضو للتلف أو الضرر بشكل عام، وركن الجريمة في القذف القول الذي يكون افتراء فيه رمي بالزنى، أو فيه سب بشكل عام إذا كان القذف يشمل ما يعد من جرائم الحد أو التعزير الذي يكون جريمة من جنس الافتراء، وهكذا، ويصح أن نقول في تعريف ذلك الركن من أركان الجريمة الذي يعتبر صلبها أو عمودها بأنه: الارتكاب بالفعل أو القول للأمر الذي ورد به النهي، وقررت له عقوبة يطبقها القضاء"[2]، أي أن الركن المادي للجريمة يتحقق بارتكاب ما قرر له الشارع عقابًا.

وأمّا بالنسبة للركن المعنوي للجريمة: فإنّ الركن المادي وحده لا يكفي لقيام الجريمة، وإنما تكتمل الجريمة حين يقترن هذا الركن بركن آخر هو الركن المعنوي[3] المتمثل في اتّجاه الفاعل إلى تحقيق الواقعة الإجرامية[4]، وعن ماهية الركن المعنوي وصُوَرِه يقول الدكتور/ عوض محمد: "من المتفق عليه أن للركن المعنوي مظهرين؛ هما: العمد، والإهمال"[5]، ويقول – أيضًا –: "وللركن المعنوي صورتان رئيسيتان لا اختلاف فيهما، وهما: العمد، ويطلق عليه كذلك اسم القصد

---

(١) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٥٤.

(٢) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي(الجريمة)، ٢٧٢.

(٣) دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ٤٤؛ قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٢٠١.

(٤) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٢٠٧.

(٥) السابق، ٢٠٢.

الجنائي، والخطأ غير العمدي"[١]، فالقصد الجنائي هو: "اتّجاه الإرادة إلى السلوك، ونتيجته، مع العلم بكل العناصر التي يشترطها القانون لوجود الجريمة"[٢]، ومقتضى هذا: أنّ القصد يتكون من عنصرين؛ هما: العلم، والإرادة، إذ القصد الجنائي، أو (العمد) هو اتّجاه للإرادة الآثمة، حيث يبرز فيه بجلاء وجه تحدي الجاني لأوامر الشارع ونواهيه، لأن الجريمة في جوهرها عبارة عن خروج على أوامر الشارع أو نواهيه، ولذلك فإن الجريمة تكون عمدية حين يتوفر القصد الجنائي لدى الجاني وقت ارتكابها، ويتكون هذا القصد من عنصري: العلم، والإرادة، فلابد من أن يحيط الجاني علمًا بكل العناصر التي تتألف منها الجريمة، وأن تتجه إرادته إلى تحقيق النتيجة الإجرامية، وتكون الجريمة خطئية حين لا يتعمد الجاني ارتكابها بسبب إهماله أو تقصيره[٣].

ومن خلال ما سبق يمكن القول: إن للمقاصد و النيّات دور في مبادئ التجريم والعقاب، فالركن المادي للجريمة يتطلب ركنًا معنويًّا لها، يتمثل في اتّجاه إرادة الفاعل إلى تحقيق الواقعة الإجرامية، ومبدأ تطلب ركن معنوي للجريمة مقرر في الشريعة الإسلامية بقوله ﷺ: «**إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى...**»[٤]، فالنيّة التي تصحب الفعل هي التي تحدد ما إذا كانت تقوم بالفعل جريمة أم لا يقوم به شيء من ذلك، والنيّة ظاهرة نفسية معنوية، وتطلبها لقيام الجريمة يتطلب ركنًا معنويًّا لها[٥]. وبمقتضى هذا الركن فإنّه لا عقاب على النيّات[٦]، لأن النيّات أمور باطنية، والحكم يكون بالظاهر دون الباطن، إلا أنه يستعان بالقصود و

---

(١) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٢١٠.

(٢) السابق، ٢١٥.

(٣) السابق، ٤٥.

(٤) الحديث سبق تخريجه ص١٢٥ من هذا البحث.

(٥) دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي الإسلامي، د. محمود نجيب حسني، ٤.

(٦) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي،(الجريمة) محمد أبو زهرة،٢٧٤.

النيّات على معرفة ما إذا كان فعل الجاني معصية أو غير معصية، لأن ثبوت هذه النيّة يزيل كل شك، ويساعد على تحديد نوع المعصية، فالترصد بجوار محل أو منزل قد يكون للسرقة أو لعمل آخر مباح، ولكن نية الجاني وحدها هي التي تزيل الشك عن الفعل وتُحَدّدُ المعصية، فوجود الجاني بجوار محل السرقة ومعه مبرد أو منقب يحتمل أن يكون قاصدًا سرقة هذا المحل أو غيره، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد عملاً آخر غير محرّم، ولكن نية الجاني هي التي تخرج الفعل من حيز الاحتمال إلى حيز اليقين(١).

أثر النيّات والمقاصد في مراحل الجريمة

للنيات والمقاصد أثر في مراحل الجريمة، فالجريمة تمر بمراحل معينة قبل أن يرتكبها المجرم، فهو أولاً يفكر فيها، ثم يعقد العزم على ارتكابها، ثم يحضر بعد ذلك المعدات، ويهيئ الوسائل اللازمة لتنفيذها؛ كشراء سلاح يقتل به، أو منقب ينقب به حائط المنزل الذي يريد السرقة فيه، أو إعداد مفتاح مصطنع ليفتح به محل الجريمة، فإذا أعدَّ المجرم معدات الجريمة، انتقل إلى مرحلة ثالثة هي مرحلة التنفيذ، فيبدأ تنفيذ جريمته على الوجه الذي فكّر فيه وأعدّ له الوسائل، فهذه هي المراحل الثلاث التي يمرّ بها المجرم حتى يرتكب جريمته، وفيما يلي بيان أثر النيّات في هذه المراحل الثلاث على التجريم والعقاب: -

١- **أثر النيّات والمقاصد على التجريم والعقاب في مرحلة التفكير والتصميم للجريمة:** مرحلة التفكير في الجريمة والتصميم على ارتكابها لا تعتبر جريمة تستحق العقاب، لأن الإنسان لا يؤاخذ بما توسوس به نفسه، أو تحدثه به من قول أو عمل، ولا يؤاخذ على ما ينوي قوله أو فعله(٢).

٢- **أثر النيات والمقاصد على التجريم والعقاب في مرحلة التحضير للجريمة:** لا

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، لعبد القادر عودة، ٣٤٩/١.
(٢) السابق، ٣٤٧/١.

تعتبر مرحلة التحضير للجريمة معصية، ولا يعاقب على إعداد الوسائل لارتكاب جريمةٍ ما إلا إذا كانت حيازة الوسيلة أو إعدادها ممًا يعتبر معصية في ذاته، كسرقة إنسان بواسطة إسكاره، فإن شراء المسكر أو حيازته يعتبر بذاته معصية، يُعاقب عليها، دون حاجة لتنفيذ الغرض الأصلي وهو السرقة، وكالدخول في البيت لسرقته، فإن الدخول لغرض السرقة في ذاته جريمة تستحق العقاب بالتعزير الذي يقرره ولي الأمر[1].

٣- أثر النيات والمقاصد على التجريم والعقاب في مرحلة تنفيذ الجريمة: تعتبر أفعال الجاني في مرحلة تنفيذ الجريمة جريمة، لما فيها من اعتداء على حقّ الفرد، أو حقّ المجتمع، فمثلا، في جريمة السرقة يعتبر النقب والتسلق للجدران والأبواب وفتحها بمفاتيح مصطنعة معصية تستحق التعزير، لأن هذه الخطوات مؤدية إلى دخول محل السرقة والاستيلاء على المسروقات وإخراجها من الحرز[2].

ثانيًا: التطبيق في تجريم الاعتداء على النفس وعقوبتها

أفرد قانون الجرائم والعقوبات اليمني عنوانًا خاصًا بأنواع القتْل سمّاه: (القتل)، وذكر تحت هذا العنوان عناوين أخرى؛ هي (القتل العمد) و(القتل غير العمد) ويقصد بهذا العنوان الأخير: القتل الخطأ – حسبما يأتي لاحقًا – كما أفرد هذا القانون عنوانًا آخر، سمّاه: (الاعتداء الذي يفضي إلى موت) وفُسّر هذا العنوان على أن المراد به: القتل شبه العمد في القانون اليمني[3]، وإليك النُصوص القانونية المبينة لأنواع القتل في القانون اليمني، مع توضيح أثرَ القصد في تمييز العمد من غير

---

(١) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي(الجريمة)، محمد أبو زهرة، ٢٧٧؛ التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ٣٤٧/١.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ٣٤٨/١.

(٣) شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص: جرائم الاعتداء على الأشخاص، د. على حسن الشرفي، ١٤٥.

العمد، وذلك على النحو التالي: -

١- **القتل العمد:** ورد تعريف القتل العمد وحكمه في المادة رقم (٢٣٤) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني بقولها:"من قتل نفسًا معصومةً عمدًا، يعاقب بالإعدام قصاصًا، إلا أن يعفو ولي الدم؛ فإن كان العفو مطلقًا، أو بشرط الدية، أو مات الجاني قبل الحكم، حُكم بالدية"، فهذا النصّ قد أوضح صفة العمدية في أنّها: "قصد الفعل الممنوع، والنتيجة الممنوعة"(١)، وهذا الوصف للعمد هو الذي يسوغ تسميته: بالقصد الجنائي، الذي يفترض وجود الاتّجاه إلى الفعل، مع علم الجاني بأنه يعمل عملاً ممنوعًا، ويفترض علم الجاني بأنّ نتيجة الفعل الممنوع سوف تظهر بعد فعله؛ فعلم الجاني بأنه يقوم بعمل غير مشروع، وعلمه بوقوع نتيجة لفعله غير المشروع، هو الذي يميز القصد الجنائي، بالإضافة إلى الإرادة المتوجهة لذلك الفعل، ولذلك فإنّ القانون اليمني قد ميّز القتل العمد بصفة العمدية، ذلك أن القاتل عمدًا يعلم أنه يقوم بفعل ممنوع هو القتل، وهذا الفعل موجّه إلى إنسان متصف بصفة الحياة، والجاني يعلم - أو يتوقع - أنّ فعله هذا سوف يصيب ذلك الإنسان إصابة تزهق روحه، أي تعدم صفة الحياة التي كان متصفًا بها، ويكفي أنْ يعلم الجاني أنه يوجه فعله إلى إنسان وأن هذا الإنسان متصف بصفة الحياة، ولا أهمية بعد ذلك لحصول الجهل بشخص المجني عليه - كمن يريد قتل شخص معين فيصيب آخر غير المقصود فيقتله - لأن الفعل وهو القتل أصاب غير المقصود المتوقع إصابته، فهذا الخطأ في شخص المجني عليه لا قيمة له في نشوء القصد الجنائي، كما أن هذا الخطأ لا يعني أن يُسأل مساءلة الخطأ، بل يُسأل الجاني عن قتل عمد ما دام قد قصد شخصًا متصفًا بصفة الإنسان الحي(٢).

---

(١) شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص: جرائم الاعتداء على الأشخاص، د. علي حسن الشرفي، ٦٢.
(٢) السابق، ٦١، ٦٢، ٦٣.

كما أن ما يسمى: "الخطأ في الشخصيّة"[1] – كمن يقصد بالقتل شخصًا معتقدًا أنه زيد، فيصيبه، ولكن لا يجده زيدًا، بل يجده عمرًا ــ يعتبر قتلاً خطأ على شخصية المجني عليه، إلا أن هذا الخطأ لا قيمة له في نشوء القصد الجنائي، فيُسأل الجاني عن قتل عمد ما دام قد قصد شخصًا متصفًا بصفة الإنسان الحي[2]، وهذا ما نصّت عليه المادة رقم (٢٣٧) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني بقولها: "لا تأثير للخطأ في شخص المجني عليه، أو شخصيته، على اعتبار الجاني قاتلاً، متى توافرت في حقه شروط القتل العمد..."

وإرادة الجاني لا بد منها في القتل العمد، بمعنى: أنه "يجب أن يكون الجاني مريدًا للفعل الذي يقوم به، مريدًا للنتيجة التي يسفر عنها ذلك الفعل"[3]، والإرادة حالة نفسية، ولكنه يستدل عليها بالوسيلة التي تعتبر دليلاً على نوع القتل، لأن الآلة هي الشيء الظاهر، والله يتولى السرائر، والنيات لا يطلع عليها إلا الله، فالعمد يتحقق باستخدام وسيلة تقتل غالبًا، وفي موضع يحصل الموت من استخدامها فيه عادة، وفى هذا يقول الدكتور/ علي حسن الشرفي: "يصح القول بأنّ استخدام آلة القتل غالبًا، في موضع مميت عادة، يجعل نية القتل هي الظاهرة، وعلى من يدعي خلاف الظاهر إقامة الدليل على دعواه، والعكس صحيح، فاستخدام آلة لا تقتل غالبًا، وفي موضع غير مميت، يجعل الظاهر عدم توافر نية القتل، وعلى من يدعي خلاف ذلك إقامة الدليل على صدق دعواه"[4].

وعقوبة القتل العمد قد حددتها المادة رقم (٢٣٤) – سالفة الذكر – من

---

(١) شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص: جرائم الاعتداء على الأشخاص، د. علي حسن الشرفي ، ٦٣.
(٢) السابق، نفس الصفحة.
(٣) السابق، ٧١.
(٤) السابق، ٧٢

قانون الجرائم والعقوبات اليمني، بأنها الإعدام قصاصًا، إذا توافر شرط العمد، وهو قصد القاتل قتل المجني عليه، وتحققت النتيجة، وهي إزهاق الروح[1].

٢- **القتل شبه العمد:** ذكر قانون الجرائم والعقوبات اليمني القتل شبه العمد تحت عنوان: "الاعتداء الذي يفضي إلى الموت"، وبيَّن حكمه، وكيفيته، بنص المادة رقم (٢٤١) التي نصَّت على ذلك بقولها:"يعاقب بالدية المغلظة والحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات من اعتدى على سلامة جسم غيره بأي وسيلة، ولم يقصد من ذلك قتلاً، ولكن الاعتداء أفضى إلى الموت".

وشبه العمد في القانون اليمني يراد به: أن يقصد الجاني المجني عليه بما دون القتل، ولكن تتحقق نتيجة أشد ممَّا كان يقصده الجاني، وهي الوفاة، وهذا يعني أن لجريمة القتل شبه العمد وصفًا يميزه عن غيره من القتل، فالقتل شبه العمد صورة من صور القتل تشتبه بالعمد من جهة كون الجاني يقصد المجني عليه، وتشتبه بالخطأ من جهة أن النتيجة التي حدثت وهي الموت لم تكن مقصودة للجاني[2].

والفارق بين العمد وشبه العمد منحصر في إرادة النتيجة أو عدم إرادتها، فالموت مقصود للجاني في حالة العمد، والإيذاء فقط هو المقصود للجاني في حالة شبه العمد، ولكن النتيجة تجاوزت قصد الجاني فأحدثت الوفاة، فالذي يستخدم في العدوان أداة غير قاتلة، كالسوط، أو العصا، لا يكون في العادة قاصدًا القتل، إذ لو كان يقصد القتل لاستخدم أداة قاتلة[3]، والقتل شبه العمد في القانون اليمني عقوبته الدية المغلظة[4] بنص المادة رقم (٢٤١) المذكورة آنفًا.

---

(١) شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص: جرائم الاعتداء على الأشخاص، د. على حسن الشرفي ، ٨٥

(٢) السابق، ١٤٥.

(٣) السابق، ١٤٧

(٤) والدية المغلظة(الدية الكاملة) نص عليها القانون اليمني، في المادة(٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم(٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات حيث جاء في بيان مقدارها: أن "الدية

٣- **القتل الخطأ**: جريمة القتل الخطأ في القانون اليمني، تسمى: "القتل غير العمد"، وقد بيّنت المادة رقم (٢٣٨) من قانون الجرائم والعقوبات صفة القتل الخطأ بقولها: "يعاقب بالدية من تسبب بخطئه في موت شخص..."، وحقيقته: "أنه مظهر من مظاهر العمل النفسي الذي لازم اقتراف الجريمة، وهو مظهر أقل خطرًا وأقل شرًا من ذلك الذي يحدث لدى الجاني في حالة العمد وشبه العمد"[1].

وقد حصر قانون الجرائم والعقوبات اليمني صور الخطأ في المادة العاشرة منه، حيث نصّت على أنه: "يكون الخطأ غير العمدي متوافرًا إذا تصرف الجاني عند ارتكاب الفعل على نحو لا يأتيه الشخص العادي إذا وُجِدَ في ظروفه، بأن اتصف فعله بالرعونة، أو التفريط، أو الإهمال، أو عدم مراعاة القوانين واللوائح والقرارات"، وبناء على هذه المادة فإن صور الخطأ في القانون اليمني، هي: -

أ - **الرعونة**: وتعني التصرف بطيش وعدم تقدير للظروف.

ب - **عدم الاحتراز**: ويعني عدم الأخذ بالعناية اللازمة لمواجهة كافة الاحتمالات،

الكاملة ألف مثقال من الذهب الخالص تعادل خمسمائة جنيه من الذهب أبو ولد، أو ما يعادل ذلك من العملة الورقية بالسعر القائم وقت التنفيذ".

ويبدو أن التغليظ في إلحاق دية القتل شبه العمد بدية القتل العمد من حيث مقدار الدية في القانون اليمني يرجع إلى أن القتل شبه العمد فيه نوع من العدوان المتعمد، فكان الإثم فيه أشد من جريمة القتل الخطأ التي لم يتعمد الجاني فيها إصابة المجني عليه أصلًا. ثم عدلت المادة(٤٠) بالقرار الجمهوري بالقانون رقم(١٦) لسنة ١٩٩٥م لتصبح الدية الكاملة سبعمائة ألف ريال يمني، حيث نصّت على ذلك بقولها: "الدية الكاملة هي سبعمائة ألف ريال يمني..."، ثم صدر تعديل آخر للدية لتصبح الدية الكاملة مليون وستمائة ألف ريال يمني، حيث عدلت بموجب القانون رقم(٣٢) لسنة ٢٠٠٦م بتعديل المادة(٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم(١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات ليصبح نصها: "دية العمد وشبه العمد خمسة ملايين وخمسمائة ألف ريال...".

(١) شرح قانون الجرائم والعقوبات، القسم الخاص: جرائم الاعتداء على الأشخاص، د. على حسن الشرفي، ١٦١.

ويلحق بهذه الصورة كلّ جالات الإهمال، وعدم التبصر، وعدم الحذر، وحالات التفريط، ونحوها.

ج - عدم مراعاة القوانين واللوائح والأنظمة إذا وقع بسبب ذلك جريمة غير مقصودة[1].

أما عقوبة القتل الخطأ فهي الدية دون القصاص، بمقتضى نصّ المادة رقم (٢٣٨) المذكورة آنفًا.

ومن خلال ما سبق يظهر تعدد جرائم القتل في القانون اليمني، كما يظهر أنّ صفة العمد في القتل هي التي تميزه عن غيره، فيدخل القصد في القتل العمد وهو الذي يستحق به الجاني القصاص، دون القتل الخطأ، ودون القتل شبه العمد، أي أن القانون اليمني يجعل للقصد اعتبارا، وذلك من خلال أنّ القصد يميز القتل العمد عن غيره، وهذا يتفق مع الفقه الإسلامي الذي يجعل للقصود والنيات اعتبارا في تمييز القتل العمد عن غيره، حيث يتوقف القصاص على قصد القاتل، ولكن لمّا كان القصد أمرًا باطنيًا فقد أقيمت الآلة مقامة، فإن كان الجاني قد قتل غيره بما يفرّق الأجزاء عادة كان القتل عمدًا ووجب القصاص، وإن كان بما لا يفرّق الأجزاء عادة لكنْ يقتل غالبًا فهو شبه عمد لا قصاص فيه[2]، وإن قصد مباحًا فأصاب إنسانًا فهو قتل خطأ[3]، وهذا ما سنوضحه فيما يلي:ـ

---

(١) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ ١: النظرية العامّة للجريمة، د. على حسن الشرفي، ١٦٤. والقوانين بمعناها الدستوري هي: القواعد الصادرة عن السلطة التشريعيّة، كما تشمل اللوائح التنفيذية والتنظيمية، سواء كانت منظمة للسلوك العام؛ كلوائح النقل، والصحة العامّة، والمرور، ونحو ذلك، أو كانت لوائح خاصة ببعض المهن؛ كمهنة الطب، أو الصناعة، أو التجارة، أو نحو ذلك، بل يتسّع الحكم ليشمل التعليمات الداخلية في إطار الوظيفة ولو كانت مجرد تعليمات موسمية، أو طارئة، ما دامت قد صدرت وفق قواعد الاختصاص الوظيفي". انظر: [شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. على حسن الشرفي،١٦٤].

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢٠؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٩٣.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢٠.

أثر القصود والنيات في معرفة حقيقة نوع القتل

لماً كان القتل يتنوع إلى أنواع فإن القصد هو الذي يميز نوعه، لأن من أنواع القتل: القتل العمد، والقتل الخطأ[١]، وهما محل إجماع[٢]، والقتل شبه العمد، الذي قال به كثير من الفقهاء[٣]، والقتل الذي يجري مجرى الخطأ، والقتل بسبب، وقد قال بهما بعض الفقهاء[٤]، فهذه خمسة أنواع للقتل، وفيما يلي تعريف كلّ منها، وبيان أثر القصُود والنيات فيها على العقاب: -

١- **القتل العمد:** وهو "أن يقصد - أي القاتل - من يعلمه آدميًا معصومًا، فيقتله بما يغلب على الظن موته به"[٥]، فالقصد هو تعبير عن العمد، والعمد يتحقق إذا اتجهت إرادة الشخص إلى تحقيق الشيء المحرّم، لأن القصد كما تقدم[٦] هو التوجه إلى الشيء وإتيانه، ولذلك فإنّ القصد في القتل العمد معناه: "قصد الجاني الجناية"[٧]، أي

---

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود، ٥/٢٣-٢٥؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢٠، بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/ ٣٢٤، المنهاج في الفقه، للنووي، وشرحه: نهاية المحتاج للرملي، ٧/٢٤٧، ٢٤٩؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي،١/٣٩؛ السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ١٥٥، ١٦٠؛ الروض المربع، للبهوتي، ومتنه: زاد المستقنع، للحجاوي، ٤٢٤، ٤٢٥.

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/ ٣٢٤.

(٣) المختار، والاختيار لتعيل المختار، لابن مودود، ٥ / ٢٣-٢٥؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢٠؛ بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٢٤، المنهاج في الفقه، للنووي، وشرحه: نهاية المحتاج، للرملي، ٧/٢٥٠؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٩؛ السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ١٦٠؛ الروض المربع، للبهوتي، ومتنه: زاد المستقنع، للحجاوي، ٤٢٥. وقد نسب ابن رشد القول بالقتل شبه العمد إلى جمهور فقهاء الأمصار. انظر: [بداية المجتهد، ٢/٣٢٤].

(٤) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٥/ ٢٢،٢٦.

(٥) زاد المستقنع، للحجاوي، ٤٢٤.

(٦) انظر المبحث الأول من هذا الفصل من هذا البحث.

(٧) الروض المربع، للبهوتي،٤٢٤.

جناية القتل، فالقصد في القتل العمد يتحقق بقصد الفعل وهو القتل بما يقتل غالبًا؛ كالسيف، ولكن لمّا كان العمد فعلاً يتعلق بالقلب، باعتبار أن العمد هو القصد، فإن العمد لا يوقف عليه إلا بدليله، وهو مباشرة الآلة الموجبة للقتل عادة في الغالب؛ كالتحريق، والتغريق، والإلقاء من مكان شاهق، والخنق، وسقي السّم، وغير ذلك، فالقتل العمد هو الذي يجب به القصاص، أما إن لم يتحقق العمد، بأن لم يقصد الجاني قتل المجني عليه، ولم يقصده بما لا يقتل غالبًا، فإنه لا قصاص، لعدم القصد[1].

٢ – **القتل شبه العمد:** يوصف قتل المجني عليه بأنه قتل شبه عمد عند "قصد العدوان عليه بالضرب، لكنه لا يَقتل (أي الضرب)غالبًا"[2]، بمعنى أن الجاني: "تعمد العدوان، ولم يتعمد ما يقتل"[3]؛ وذلك كالضرب بسوط، أو عصا[4]، ولذلك فإن القصد في شبه العمد يتحقق بتعمد العدوان، كالضرب باليد، والعصا الصغيرة، وبما لا يقتل غالبًا، ولكن هذا القتل لا يوصف بالعمد، لأن الجاني لم يتعمد القتل، حيث كان اعتداؤه بما لا يقتل غالبًا في العادة[5]، ولذلك قيل في شبه العمد: "أن يقصد جناية لا تقتل غالبًا"[6]، كمن ضرب غيره في غير مقتل، بسوط، أو عصا صغيرة، أو لكزه بيده، فمات[7]، ولكن لمّا كانت النيات لا يطلع عليها إلا الله تبارك وتعالى، ولمّا كانت

---

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٥ /٢٣؛ بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٢٤؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢٠؛ تيسير التحرير، لأمير بادشاه، ١/٩٧؛ المنهاج، للنووي، وشرحه: نهاية المحتاج، للرملي،٧/٢٤٧؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٩؛ السياسة الشرعيّة، لابن تيمية،١٥٥؛ الروض المربع، للبهوتي، ٤٢٤.

(٢) السياسة الشرعيّة، لابن تيمية،١٦٠.

(٣) السابق، نفس الصفحة.

(٤) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٥/٢٤؛ المنهاج في الفقه، للنووي، وشرحه: نهاية المحتاج، للرملي، ٧/٢٥٠.

(٥) المختار، والاختيار لتعليل المختار،لابن مودود، ٥/٢٤، ٢٥.

(٦) زاد المستقنع، للحجاوي، ٤٢٥.

(٧) الروض المربع، للبهوتي، ومتنه: زاد المستقنع، للحجاوي، ٤٢٥.

الأحكام تتعلق بالظاهر، فإن تحديد القتل شبه العمد يستدل عليه بالآلة أيضًا، فمَنْ قَصَد ضرب آخر بآلة تقتل غالبًا كعصا كبيرة كان حكمه حكم الغالب، وهو حكم من قصد القتل بآلة يغلب عليها القتل، ومن قصد ضرب رجل بعينه بآلة لا تقتل غالبًا فإنّ حكمه متردد بين العمد والخطأ، فوجه شبهه للعمد هو قصده الضرب لرجل بعينه، ووجه شبهه للخطأ هو قصده الضرب بما لا يقتل غالبًا في شبه العمد، وحكم شبه العمد: وجوب الدية[1].

٣ – **القتل الخطأ:** وهو "أن يفعل (أي الشخص) ما له فعلُه"[2]، بمعنى: أن يفعل الشخص فعلاً هو مباح له؛ مثل أن يرمي صيدًا فيصيب آدميًا معصومًا لم يقصده بالقتل فيقتله، أو يريد قطع لحم أو غيره فتسقط السكين منه على إنسان فيقتله، وسمي هذا القتل خطأ لأنه خطأ في القصد، حيث لم تتوجه إرادة الجاني إلى قتل الشخص، وإنما اتجهت إرادته إلى غيره، من صيد، أو هدف، كما أنّ إرادة الجاني لم تتجه لفعل القتل، وإنما اتجهت لفعل الصيد، أو رمي الهدف، ولكنه أصاب آدميًا، فهذا ليس فيه قود، وإنما فيه الدية[3].

٤ – **القتل الجاري مجرى الخطأ:** ومثاله: النائم إذا انقلب على إنسان فقتله، فهو كالخطأ في الحكم، لأن النائم لا قصد له، فلا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ، إلا أنه في حكم الخطأ، لحصول الموت بفعله[4].

٥ – **القتل بالسبب:** كحافر البئر، وواضع الحجر في ملكه وفنائه، فيعطب به إنسان،

---

(١) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/ ٣٢٤، ٣٢٥.

(٢) زاد المستقنع، للحجاوي، ٤٢٥

(٣) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ٢٥/٥؛ المنهاج، للنووي، وشرحه: نهاية المحتاج، للرملي، ٢٤٩/٧؛ السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ١٦٠؛ الروض المربع، للبهوتي، ومتنه زاد المستقنع، للحجاوي،٤٢٥.

(٤) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود، ٢٦/٥.

وموجبه: الدية على العاقلة، لأنه متعمد فيما وَضَعه، وَحَفره، فتجب الدية على العاقلة، ولا يأثم فيه، لعدم القصد[1].

أما القتل بالمباشرة: فهو كالقتل العمد، أو الخطأ، أو شبه العمد[2] حسبما تقدم.

ومن خلال هذا كله يظهر أن للقصود والنيات أثرًا في تحديد نوع القتل.

ثالثًا: التطبيق في تجريم الاعتداء على الدين وعقوبته

تعتبر الرِّدَّة جريمة ماسّة بالدين في القانون اليمني، حيث نصَّت المادة رقم (٢٥٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أن: "كل من ارتد عن دين الإسلام، يعاقب بالإعدام، بعد الاستتابة ثلاثًا، وإمهاله ثلاثين يومًا، ويعتبر ردة: الجهر بأقوال، أو أفعال، تتنافى مع قواعد الإسلام وأركانه، عن عمد أو إصرار، فإذا لم يثبت العمد أو الإصرار، وأبدى الجاني التوبة، فلا عقاب"، فهذا النَّصّ قد أثبت صراحة عدم عقوبة المرتد إذا لم يثبت أن ردته كانت عمدًا؛ ومن الأحوال التي يثبت معها عدم العمد في الرِّدَّة: أن تكون الرِّدَّة تحت الإكراه، حيث تعتبر الرِّدَّة في هذه الحالة صادرة عن غير قصد واختيار، ولذلك لا عقاب على المرتد تحت الإكراه، وهذا ما تؤكده المادة رقم (٣٦) من نفس القانون حيث نصَّت على أنه: "لا مسئولية على من ارتكب فعلاً ألجأته إليه ضرورة وقاية نفسه، أو غيره، أو ماله، أو مال غيره، من خطر جسيم محدق، لم يتسبب هو فيه عمدًا، ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى..."، فهذا النَّصّ يدل على أن حالة الضرورة يترتب عليها انتفاء المسئولية الجنائيّة عن الفاعل، لكونه أقدم على الفعل دون أن يملك القدرة التامة على الاختيار، ولذلك فإنّ ارتكاب الشخص لمحظور من المحظورات التي تكون بينه وبين ربه؛ كقول كلمة الكفر، أو أكل الميتة، في حالة الاضطرار، لا يترتب عليه مسئولية جنائيّة، لأن الضرورة مانع من موانع المسئولية الجنائيّة، وكذلك لا يترتب على ذلك

---

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن مودود، ٢٦/٥.

(٢) السابقان، ٢٢/٥.

مسئولية مدنية أيضًا؛ لعدم وجود ضرر واقع على الغير، فليس للمسئولية المدنية محل في هذه الحالة[1].

ولمّا كان الاختيار والقصد في حال الإكراه غير متوافرين، فإنه يجوز للمكره تحت ضغط القتل أو قطع عضو منه، التلفظ بكلمة الكفر ما دام قلبه مطمئنًا بالإيمان، فالتلفظ بكلمة الكفر وإن كان مفسدة محرّمة، إلا أنه جائز بالحكاية والإكراه ما دام القلب مطمئنًا بالإيمان، ولذلك لا يستحق المكرَه العقاب على ذلك، لعدم الاختيار والقصد، ولأن حفظ الأرواح أكمل مصلحة من مفسدة التلفظ بكلمة لا يعتقدها الإنسان، مع أن الصبر على الإكراه وعدم التلفظ بكلمة الكفر أفضل إعزازًا لدين الله[2].

رابعًا: التطبيق في تجريم الزنى وعقوبته

نصت المادة رقم (٢٦٦) من نفس القانون في فقرتها السابعة: على أنّ من مسقطات حد الزنى: أنْ يثبت أمام المحكمة توفر حالة "دعوى الشبهة المحتملة"، فهذا النّصّ يُظهر بجلاء أن الشبهة المحتملة هي من مسقطات حد الزنى، فإذا ادعى الزاني أنه وطئ الأجنبية وهو يظنها زوجته فإنه يسقط عنه الحد، لأنه لم يكن قاصدًا للزنى[3]؛ وكذلك من زُفت إليه غير امرأته فوطئها ظانًّا أنها زوجته، فإنه لا يحد؛ لأن الرجل في بعض الأحيان وفي بعض البلدان لا يعرف امرأته أول مرة إلا بإخبار النساء، ولأنه لم يكن مختارًا وقاصدًا للزنى[4]، وهذا تطبيق لقاعدة: **"لا عبرة بالظن**

---

(١) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٣٤٦.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ٦٩/١.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢٠؛ درر الحكام، لعلي حيدر، ١٧/١-١٨؛ الروض المربع، للبهوتي، ومتنه: زاد المستقنع، للحجاوي، ٤٤٦.

(٤) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٩١/٤.

البيّن خطؤه"[1]، فالزاني في مثل هذه الحالات مخطئ لا قاصد للزنى؛ ويؤيده أيضًا قاعدة: "**درء الحدود بالشبهات**"؛ لأن الزاني لم يقصد الزنى، وإنّما كان قاصدًا الحلال؛ ولأن انتفاء الشبهة شرط لوجوب حد الزنى[2]، لقوله ﷺ: «**ادْرَءُوا الْحُدُودَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ مَا اسْتَطَعْتُمْ...**»[3]، ولهذا فقد أخذ القانون اليمني بهذه القاعدة، بل إنه لأهميتها أفرد لها مادة مستقلة هي المادة رقم (٤٦) من قانون الجرائم والعقوبات التي نصّت على ذلك بقولها: "على القاضي عند نظر دعاوى الحدود استفصال المتهم عن جميع مسقطات الحد، ويبطل حكم الإدانة إذا ثبت أن القاضي لم يقم بذلك"، فهذا النصّ صريح في وجوب قيام القاضي بالبحث عن الشبهات المسقطة للحدود واستفصال المتهم عنها، ويترتب على عدم قيام القاضي بذلك بطلان الحكم بإدانة المتهم.

وبما أنّ عقوبة الزنى تتجه نحو الزاني بمعاقبته بالجلد إن كان بكرًا، والرجم إن كان محصنًا، فإن هذا القصد في توجيه العقوبة يتوجه وفقًا لحالة الزاني، ولذلك فإن الزاني إذا جُلِد على أنه بكرًا، ثم ظهر محصنًا، فإنه يعاقب بعقوبة الرجم[4]، لأن الرجم عقوبة متوجهة نحو المحصن، والجلد عقوبة متوجهة نحو غير المحصن.

خامسًا: التطبيق في تجريم القذف وعقوبته

ذكر قانون الجرائم والعقوبات اليمني صورة القذف في المادة رقم (٢٨٩) التي نصّت على ذلك بقولها: "كلّ من قذف محصنًا بالزنى، أو بنفي النّسب، وعجز عن إثبات ما رماه به، يعاقب بالجلد ثمانين جلدة حدًا"، فهذا النّصّ يظهر من خلاله

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٨٨؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٩٣؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٣٨.

(٢) الروض المربع، للبهوتي، ومتنه: زاد المستقنع، للحجاوي، ٤٤٦.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص١٢٣، ١٢٤ من هذا البحث.

(٤) المغني، لابن قدامة، ٨/١٦٦.

أن القانون اليمني لم يتعرض لألفاظ القذف، بل اعتبر أنّ القذف رمي للمحصن بالزنى، أو نفي لنسب الشخص، وهو ما يعني: أنَّ القانون اليمني اتجه في قصر القذف على معناه الشرعي لا معناه القانوني[1]؛ لأن القذف بمدلوله القانوني يختلف عن مدلوله الشرعي، فهو في القانون "يشمل كل عبارة يَنسب بها الشخص إلى غيره أمرًا يعتبر جريمة لو ثبت في حقه، أو يوجب احتقاره عند أهل وطنه"[2]؛ في حين أن المدلول الشرعي للقذف الذي يجب به الحد هو أحد شيئين: "أن يرمي القاذف المقذوف بالزنى، والثاني: أن ينفيه عن نسبه"[3]، وبهذا يكون القانون اليمني قد أرجع ألفاظ القذف إلى الألفاظ المقررة لدى الفقهاء، وهي صريحة فيه، وألفاظ كناية، وألفاظ تعريض[4].

فمن الألفاظ الصريحة في القذف: قول الشخص لغيره: يا زانٍ، أو: يا زانية، أو: يا منيوك، أو: يا منيوكة، أو لُطت بفلانة، أو: لاط بكِ فلان[5]، فالألفاظ الصريحة كافية بنفسها على وقوع القذف وترتب الحكم[6].

ومن كنايات القذف: قول الشخص لغيره: يا فاجر، أو: يا فاسق، أو: يا خبيث، أو: يا سفيه؛ فمثل هذه الألفاظ ليست كافية بنفسها على وقوع القذف وترتب الحكم عليها، بل يرتبط ذلك بقصد القاذف وبحصول فهم الإيذاء من تلك الألفاظ[7].

---

(١) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٨٤.

(٢) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٣) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٦٢.

(٤) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٦٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٩، ٢/١٣٧، ١٣٨، ١٣٩.

(٥) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢/١٣٧.

(٦) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢٠؛ درر الحكام، لعلي حيدر، ١/١٧-١٨؛ بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٦٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٩، ٢/١٣٧، ١٣٨، ١٣٩.

(٧)الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٩ و٢/١٣٧، ١٣٨، ١٣٩.

ومن ألفاظ التعريض بالقذف: قول الشخص لغيره: يا ابن الحلال، أو: أمّا أنا فلست بزان، أو: أمّا أمي فليست بزانية، أو: ما أحسن اسمك في الجيران؛ فهذه الألفاظ لا أثر لها في وقوع القذف وإنْ نوى بها الشخص في نفسه القذف؛ لأن النيّة إنما تؤثر إذا احتمل اللفظ المنوي – وهو هنا القذف – وإرادة القذف من غيرها في مثل هذه الألفاظ تستند إلى قرائن الأحوال[1]، ومن تلك القرائن: الرجوع إلى العادات، فالألفاظ تختلف بحسب العادات، فقد يكون لفظ التعريض بالقذف بحكم استعماله في العادة دالاً على القذف، بحيث يكون استعماله قائمًا مقام اللفظ الصريح في القذف، فإذا دلّ لفظ التعريض على إرادة القذف فإنه يجب الحد بذلك، أمّا إذا كان لفظ التعريض المستعار للقذف يحتمل القذف، ويحتمل غيره في عرف الاستعمال فإنّ ذلك الاحتمال شبهة، ولذلك لا يجب الحد، لأن الحدود تدرأ بالشبهات، إلا أن سقوط الحد لا يوجب سقوط التعزير[2].

وهذا كله يعني: أن عقوبة القذف يختلف حكمها تبعًا لقصد القاذف، لا سيما في ألفاظ الكناية، وألفاظ التعريض، أما ألفاظ الصراحة فيه فتكون كافية على ترتب الحكم على القاذف[3].

---

(١) السابق، ١٣٨/٢، ١٣٩.

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٦٢/٢.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٣٩/١، ١٠٢ و١٣٧/٢، ١٣٨، ١٣٩.

المبحث الثامن

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من قواعد مقاصد المكلَّفين وتطبيقاتها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني

من خلال ما سبق عرضه لقواعد مقاصد المكلَّفين، ولبعض تطبيقاتها في قانون الجرائم والعقوبات، نستخلص بعض أوجه الإفادة في قانون الجرائم والعقوبات اليمني، ومنها ما يلي: -

أولاً: أن هذه القواعد تفيد القاضي في بناء التجريم والعقاب على اليقين لا على الاحتمال

نصوص القانون واضحة وصريحة في أن المسئولية الجزائيّة تتطلب فعلاً مجرّمًا بحكم القانون، ومن تلك النُصوص: ما سبق ذكره آنفًا من أنّ قانون الجرائم والعقوبات اليمني نَصّ على أنه: "لا يُسأل شخص عن جريمةٍ يتطلب القانون لتمامها حدوث نتيجة معينة إلا إذا كان سلوكه فعلاً أو امتناعا هو السبب في وقوع هذه النتيجة..."، وما نصّت عليه المادة الثامنة من هذا القانون من أنه: "لا يسأل شخص عن جريمةٍ إلا إذا ارتكبها قصدًا (عمدًا) أو بإهمال"، وما نصّت عليه المادة التاسعة من نفس القانون من أنه: "يتوافر القصد إذا ارتكب الجاني الفعل بإرادته وعلمه وبنيّة إحداث النتيجة المعاقب عليها..."، والتطبيق السليم لمثل هذه النُصوص يقتضي فهم القاضي لقواعد مقاصد المكلّفين؛ لأن التجريم والعقاب لا يكون على النيّات المجردة غير المقترنة بتصرف ظاهري، لأن النيات أمور باطنية، والحكم يكون بالظاهر دون الباطن، فالقاضي يفيد من قواعد مقاصد المكلّفين ونيّاتهم في معرفة ما إذا كان فعل المتهم جريمة أو غير جريمة، لأن ثبوت هذه النيّة تزيل كل شك، وتعينه على تحديد نوع الجريمة، فنية الجاني مثلاً هي التي تحدد ما إذا كان المقصود من ترصده بجوار محل أو منزل هو السرقة أو غيرها، فوجوده بجوار محل السرقة ومعه مبرد يحتمل أن يكون قاصدًا سرقة هذا المحل أو غيره، ويحتمل أن يكون أراد السرقة أو أراد

عملاً آخر غير محرّم، ولكن نيته هي التي تخرج فعله من حيّز الاحتمال إلى حيّز اليقين، لأن الأصل براءة الذمة والذمة لا تشغل إلا بيقين.

ثانيًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في تكييف الجرائم بإصباغ الوصف القانوني المناسب لكل جريمة

لماَّ كانت الجرائم تختلف في طبيعتها من حيث كونها جرائم عمد أم جرائم خطأ، فإن القاضي يستعين بقواعد مقاصد المكلّفين في تكييف طبيعة الجرائم، وبالتالي إنزال العقاب المناسب لكل جريمة، ومن أوضح الأمثلة على ذلك: أن القاضي – لا يستطيع على وجه اليقين – تمييز القتل العمد من غير العمد ما لم يقف على نية القاتل، من خلال الوسيلة المستخدمة لذلك القتل، وكيفيته، وقد سبق ذلك بتمامه.

ثالثًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في التفرقة بين ارتكاب الجرائم في حال الاختيار وبين ارتكابها في حال الاضطرار

من فوائد قواعد مقاصد المكلّفن: أن القاضي يستعين بها في معرفة قصد الشخص من ارتكاب الجرائم، فقد يكون الشخص قاصدًا للجريمة مريدًا لها، وقد يكون ارتكابه للجرائم عن غير قصد إليها، بل لوقوعه تحت ظرف اضطراري، كالإكراه مثلاً، حيث يختلف حكم مرتكب الجريمة في حالة الاختيار عنه في حال الاضطرار، وذلك مثل اختلاف حكم الرِّدَّة في حالة الاختيار، عنه في حال الاضطرار، ففي الرِّدَّة اختيارًا يكون الحكم هو قتل المرتد بعد استتابته[1]، بينما ينتفي العقاب عنه في حال الاضطرار؛ ولذلك فإن القاضي يستعين بقواعد مقاصد المكلّفين في التطبيق الصحيح للقانون، وذلك بالتفرقة بين حال الاختيار، وبين حال الاضطرار، وأثر ذلك على التجريم والعقاب، فإذا نص القانون – مثلاً – على جريمة الرِّدَّة وعقوبتها بقوله: "كلّ من ارتد عن دين الإسلام، يعاقب بالإعدام، بعد الاستتابة ثلاثًا، وإمهاله ثلاثين يومًا، ويُعتبر ردة: الجهر بأقوال، أو أفعال، تتنافى مع قواعد

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ١/٦٩.

الإسلام وأركانه، عن عمد أو إصرار، فإذا لم يثبت العمد أو الإصرار، وأبدى الجاني التوبة، فلا عقاب"[1]، فإن القاضي يستطيع – عن طريق فهم قواعد مقاصد المكلّفين – أن يميّز في هذا النّصّ بين ثبوت العمدية في جريمة الرِّدَّة، وبين عدم ثبوتها، ويحكم بالعقوبة عند ثبوت العمدية، ويحكم بعدم العقاب عند عدم ثبوتها، ومن أحوال عدم ثبوت العمدية: حالة الضرورة، حيث يترتب عليها انتفاء المسئولية الجنائيَّة عن الفاعل لعدم اختياره الإقدام على الفعل المحظور[2]، وهذا ما نصَّت عليه المادة رقم (٣٦) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني بقولها: "لا مسئولية على من ارتكب فعلاً ألجأته إليه ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره، من خطر جسيم محدق، لم يتسبب هو فيه عمدًا، ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى".

رابعًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في كشف الشبهات المسقطة للعقوبات

سبق القول بأن الشبهات المسقطة للعقوبات كثيرة، ومماً يساعد القاضي على كشفها: فهمه لقواعد مقاصد المكلّفين، ذلك أنّ الشخص قد يكون فعله جريمة في الظاهر، وهو في حقيقته غير ذلك، لعدم توافر القصد في ارتكابها، كمن يطأ أجنبية وهو يظنها زوجته فإنه يسقط عنه حد الزنى، لأنه لم يكن قاصدًا له، بل كان قصده وطء زوجته، ومثله أيضًا: من زُفّت إليه غير امرأته، فوطئها على أنها امرأته، فإنه لا يحد حد الزنى، لأنه لم يكن مختارًا للزنى، ولم يكن قاصدًا له، بل كان قصده وطء زوجته[3]، فالزوج في مثل هذه الأحوال قد أقدم على وطء الأجنبية عن طريق الخطأ، لظنه أنها زوجته، ولذلك لا يحكم عليه بالحد إذا تبيَّن ذلك، لأن من قواعد

---

(١) هذا هو نص المادة رقم (٢٥٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

(٢) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د.علي حسن الشرفي، ٣٤٦.

(٣) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ٩١/٤؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٢٠؛ درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، لعلي حيدر، ١٧/١-١٨؛ الروض المربع، للبهوتي، ومتنه: زاد المستقنع، للحجاوي، ٤٤٦.

الفقه: أنه "**لا عبرة بالظن البيّن خطؤه**"[1]، وهي قاعدة منصوص عليها في المادة العاشرة من القانون المدني اليمني، فقد نصّت على ذلك بقولها: "**الظن البيّن خطؤه لا عبرة به**"، وهكذا فإنّ فهم القاضي لقواعد مقاصد المكلّفين يساعده في فهم ملابسات وشبهات الوقائع المنظورة أمامه، وهو ما يترتب عليه درء العقوبات.

خامسًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في تحديد مدلولات الألفاظ في بعض الجرائم

من الجرائم التي تكون الألفاظ أداة فيها: القذف برمي المحصن بالزنى، أو بنفي نسب الشخص، ففي مثل هذه الجرائم يمكن للقاضي أن يفيد من قواعد مقاصد المكلّفين في تجريم القذف أو عدم تجريمه، حيث يمكنه الاستعانة بالألفاظ على تحديد نية القاذف، إذ لا بد من معرفة قصده في تعيين المراد بألفاظه، وخصوصًا في ألفاظ القذف غير الصريحة التي تحتمل القذف وتحتمل غيره: كقول الشخص لغيره مثلاً: يا سفيه، أو يا فاسق، فمثل هذه الألفاظ ليست كافية بنفسها على وقوع القذف وترتب الحكم عليها، بل يرتبط ذلك بقصد القاذف وبحصول فهم الإيذاء من تلك الألفاظ، فيجب حد القاذف إذا اتضح أن المراد من تلك الألفاظ هو القذف، ويسقط عنه حد القذف إذا اتضح أنه لم يكن قاصدًا للقذف بتلك الألفاظ[2].

وهكذا فإنّ معرفة القاضي لقواعد مقاصد المكلّفين يوجب عليه التمهل في إصدار الأحكام قبل معرفة المقصود من التصرفات؛ لأن القانون اليمني – كما مَرَّ – قد جعل قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**"، وبعض القواعد المتعلّقة بها، من القواعد التي يرجع إليها القاضي في تطبيق القانون، ولذلك يلزمه مراعاتها، ويحكم بموجبها، بحسبانها قواعد قانونية.

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٨٨؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٩٣؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٣٨.

(٢) ولكن هذا لا يسقط التعزير. انظر: ما سبق في التطبيقات في البند الرابع من المبحث السابق من هذا الفصل.

الفصل الثاني

القواعد الأصولية الفقهية في المقاصد التشريعيَّة والإفادة منها في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات في اليمن

ويشتمل على:ـ

تمهيـــــد:

المبحـــث الأول: القاعدة المقاصديَّة التشريعيَّة الكبرى في رفع الضرر والقواعد ذوات الصلة بها في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني.

المبحـث الثـاني: القاعدة المقاصديَّة التشريعيَّة الكبرى في التيسير ورفع الحرج والقواعد ذوات الصلة بها في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني.

المبحـث الثـالث: أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة في رفع الضرر والتيسير في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني.

المبحـث الرابـع: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة في رفع الضرر والتيسير في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني.

المبحـث الخامس: أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة في رفع الضرر والتيسير في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني.

المبحث السـادس: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة في رفع الضرر والتيسير في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني.

المبحث السـابع: أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة في رفع الضرر والتيسير في قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

المبحـث الثـامن: بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة برفع الضرر والتيسير في قانون الجرائم والعقوبات اليمني.

تمهيـــــــد

سبق القول في مقدمة هذا الباب بأن أحكام الشريعة الإسلامية قصد بتشريعها تحقيق مصالح الناس، وأنّ مصالح الناس هي: مجموعة ضرورياتهم، وحاجياتهم، وتحسيناتهم، لأن ضرورياتهم: هي الأمور التي تتوقف عليها حياتهم، بحيث إذا اختل أمر منها اختلت حياتهم وعمتها الفوضى، وترجع هذه الأمور الضرورية إلى: حفظ دين الناس، ونفوسهم، وأموالهم، وأعراضهم، وعقولهم، ولأن حاجياتهم هي الأمور التي تقتضيها سهولة حياتهم ويسرها، بحيث إذا اختل أمر منها شقت حياتهم، وترجع هذه الأمور الحاجية إلى: إباحة معاملاتهم، وتخفيف التكاليف عليهم، والترخيص لهم بما يرفع الحرج عنهم، ولأن تحسيناتهم هي الأمور التي تجمل حياتهم وتكفل لهم عيشة راضية في جماعة فاضلة، وترجع هذه الأمور إلى: تنظيم معاملات الناس، وتهذيب أخلاقهم، وما يقرب من المثل الأعلى للجماعات والأفراد، فإذا توافر للناس ما تتوقف عليه حياتهم، وما تكون به حياتهم سهلة يسيرة لا حرج فيها، وما تكون به حياتهم كاملة طيبة، فقد توافرت لهم مصالحهم، وهذه الأمور كلها ضبطها العلماء في قواعد كثيرة تندرج تحت قاعدتين كبيرتين، هما: **"لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ"**، و**"المشقة تجلب التيسير"**، وسنوضح في هذا الفصل دراستهما، ودراسة أهم القواعد المتعلّقة بهما في الشريعة الإسلامية، وفي القانون اليمني، مع بعض الأمثلة التطبيقية، وبعض أوجه الإفادة من تلك القواعد المقاصديّة التشريعيّة في كلٍّ من: قانون الأحوال الشخصيّة اليمني، وقانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، وقانون الجرائم والعقوبات اليمني، وذلك في المباحث التالية: –

المبحث الأول

القاعدة المقاصديَّة التشريعيَّة الكبرى في رفع الضرر والقواعد ذوات الصلة بها في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني

تقتضي دراسة هذا المبحث تفصيل قاعدة رفع الضرر والضرار، من حيث بيان منطوقها، ومعناها، والقواعد ذوات الصلة بها، في الشريعة الإسلامية، وفي القانون اليمني، وذلك على النحو التالي: –

أولاً: القاعدة المقاصديَّة التشريعيَّة الكبرى في رفع الضرر والضرار في الشريعة الإسلامية

لدراسة قاعدة رفع الضرر والضرار في الشريعة الإسلامية لابد من ذكر منطوقها، ومعناها، وأصلها، وذلك كما يلي: –

١ – منطوق القاعدة

لقاعدة رفع الضرر والضرار منطوقان مشهوران، هما:–

المنطوق الأول: **"لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ"**(١).

المنطوق الثاني: **"الضرر يزال"**(٢).

---

(١) الموافقات، للشاطبي، ٤٧٦، شرح الأربعين النووية، للنووي، ٧٤؛ الطرق الحكمية، لابن القيم، ٣٦٣؛ الروض المربع، للبهوتي، ٤٢٠؛ سبل السلام، للصنعاني، ٩٢٨/٣؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢٢٠/٢؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١٣٢/١؛ القواعد الفقهية، لسماحة آية الله العظمى السيد ميزرا حسن الموسوي البجنوردي، مطبعة الآداب، في النجف الأشرف، ١٣٨٩هـ–١٩٦٩، ١٧٦/١. وهي أيضًا: المادة رقم(١٩) من مجلة الأحكام العدلية. انظر: [درر الحكام، لعلي حيدر، ٣٢/١].

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٤؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٦٥/١؛ الفرائد البهية نظم القواعد الفقهية، لأبي بكر الأهدل اليمني الشافعي، بهامش الأشباه والنظائر، للسيوطي، طبعة دار الفكر، ١١٣؛ جامعة الفوائد في الضوابط والقواعد، للأزهري، ١٠. وهي أيضا المادة رقم(٢٠) من مجلة الأحكام العدلية. انظر: [درر الحكام، لعلي حيدر، ٣٣/١].

ووجه الشهرة في المنطوق الأول: هو أن هذا المنطوق نص نبوي، فقد روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لاَ ضَرَرَ، وَلاَ ضِرَارَ»[1]، فهذا الحديث قاعدة فقهية كلّية، لأنه من جوامع الكلم، حيث يأتي الرسول ﷺ بكلمة وجيزة، ولكنها عامة في معناها[2]، أمّا وجه الشهرة في المنطوق الثاني فهو الاستناد إلى وجوب إزالة الضرر؛ ولذلك يقال: "**الضرر مزال**"[3]، إلا أن المنطوق الأول "**لا ضرر، ولا ضرار**"، هو الأولى بالذكر، اتباعا للنص النبوي، ولتضمنه وجوب إزالة الضرر الذي اقتصر عليه المنطوق الثاني، ويرجع وصف قاعدة: "**لا ضرر، ولا ضرار**" بأنها قاعدة كبرى إلى أنها إحدى القواعد الخمس الكبرى التي ترجع إليها جميع مسائل الفقه[4].

٢ – معنى القاعدة

أ – معنى القاعدة بالمنطوق الأول: "لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ": القاعدة بهذا المنطوق تدل على معنى عام[5]، وهو منع الأذى، لأن الضرر، والضّر، والضّير، يعني الأذى[6]، والضرر، والضرار، بمعنى واحد، وتكرارهما يعتبر من باب التأكيد[7]، وهذا المعنى العام لمنع الضرر يشمل منع الضرر ابتداء، ومنعه في مقابلة الضرر، فكلمة: "لا ضرر" تعني: أنه لا يضر الإنسان غيره ابتداء، وكلمة: "لا ضرار" تعني: أنه لا يضر الإنسان غيره جزاءً له بالإضرار به وعقابًا له على ذلك، لأنه لا يُقابَل الضرر بالضرر[8]، كما أن هذا المعنى العام لمنع الضرر يشمل كل ضرر، سواء كان من واحد، أو أكثر، ولهذا قيل في معنى القاعدة: بأنّ الضرر ما كان من فعل واحد،

---

(١) الحديث سبق تخريجه ص١٢١ من هذا البحث.

(٢) الموافقات، للشاطبي، ٤٧٦؛ القواعد، للحصني، ٣٣٣/١.

(٣) المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، ٣٧٥/٢.

(٤) الأشباه والنظائر، ٣٣/١.

(٥) الموافقات، للشاطبي، ٤٧٦.

(٦) تحرير التنبيه، للنووي، ١٤٤.

(٧) سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٩٢٨/٣.

(٨) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٤؛ درر الحكام، لعلي حيدر، ٣٢/١؛ سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٩٢٨/٣.

والضرار ما كان من اثنين، بأنْ يضر كلّ شخص بالآخر، وإن كان الضرار على وجه المجازاة للضرر بالضرر[١]، كما يدخل في هذا المغنى العام للقاعدة: منع الشخص من الإضرار بغيره من أجل منفعة يرجوها الشخص الأول، ولهذا قيل في معنى القاعدة أيضًا: بأنّ الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع به أنت، والضرار مضرة الغير من غير نفع[٢]، وقيل أيضًا: بأنّ الضرر عدم النفع في موضوع قابل للنفع، والضرار: إيقاع الضرر على الغير في مقابل ضرره عليه[٣].

وهذه المعاني كلها للقاعدة تدل على سعتها وشمولها لكل ضرر، وهذه المعاني كلها تفيد وجوب إزالة الضرر، سواء كان الضرر ابتداء أو جزاءً، وسواء كانٌ من واحد أو أكثر، ولكن لا يجوز للشخص المتضرر أن يقابل ذلك الشخص الذي أضر به بضرر، بل يجب على المتضرر مراجعة القضاء لطلب إزالة الضرر بالصورة المشروعة[٤]، لأن "الحكم بقطع الضرر واجب، والقضاء به لازم"[٥]، ولهذا فإن القاعدة تشتمل على حكمين؛ أحدهما: أنه لا يجوز الإضرار ابتداء، فلا يجوز للإنسان الإضرار بغيره، في نفسه، وماله، وعرضه، لأن الضرر ظلم، والظلم ممنوع، والثاني: أنه لا يجوز مقابلة الضرر بمثله، وهو الضرار، بل يجب مراجعة جهات الاختصاص – كالقضاء – لرفع الظلم، وقد أشار النووي إلى هذين الحكمين بقوله: "قوله – صلى الله عليه وآله وسلم –: "لا ضرر" أي لا يضر أحدكم أحدًا بغير حقٍ ولا جناية سابقة، وقوله ﷺ: "ولا ضرار" أي لا تضر من ضرك، إذا سبك أحد فلا تسبه، وإن ضربك فلا تضربه، بل اطلب حقك منه عند الحاكم من غير مسابة، وإذا تسابَّ رجلان، أو تقاذفا، لم يحصل التقاضي، بل كل واحد يأخذ حقه بالحاكم"[٦].

---

(١) المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، ٣٧٦/٢؛ القواعد، للحصني، ٣٣٤/١.
(٢) القواعد، للحصني، ٣٣٤/١؛ سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٩٢٨/٣.
(٣) القواعد الفقهية، لميرزا حسن، ١٧٨/١.
(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، لعلي حيدر، ٣٢/١-٣٣.
(٥) مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ٩٠.
(٦) شرح الأربعين النووية، ٧٤.

ب – معنى القاعدة بالمنطوق الثاني "الضرر يزال": هذا المنطوق معناه أنه يجب إزالة الضرر، لأن الضرر ظلم، والواجب عدم إيقاعه[1]، وهذا المعنى موجود – وبوضوح أكثر – في منطوق: "لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ"، مع ما في هذا المنطوق من دلالة واضحة على النهي عن الضرر والضرار.

٣ – أصل القاعدة

ثبت إزالة الضرر وتحريمه بالكتاب، والسنة، والمعقول.

أ – من الكتاب: شهدت نصوص الكتاب العزيز على تحريم الضرر، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا﴾[2]، ففي هذه الآية نهي عن الضرار بالزوجات، لأن ذلك نص في أنّ الرجعة إنما ملكها الله تعالى لمن قصد الصلاح دون من قصد الضرار[3]، وكقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾[4]، ففي هذه الآية نهي عن الضرار في الوصية، فالله سبحانه وتعالى إنما قدم الوصية على الميراث إذا لم يقصد بها الموصي الضرار، فإنْ قَصَدَهُ فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها[5]، فهذه الآيات، وغيرها ممَّا لم نذكره تدل على النهي عن الضرر.

ب – من السنة: الأصل[6] الذي استنبطت منه قاعدة: "لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ" ما رُوِي عنه ﷺ أنه قال: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»[7]، فهذا الحديث صريح في الدّلالة على

---

(١) درر الحكام، لعلي حيدر، ٣٣/١.

(٢) من الآية ٢٣١ من سورة البقرة.

(٣) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٨٢/٣.

(٤) من الآية ١٢ من سورة النساء.

(٥) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٨٢/٣.

(٦) شرح الأربعين النووية، للنووي، ٧٤؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٤؛ القواعد، للحصني، ٣٣٤/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٦٥/١؛ جامعة الفوائد في الضوابط والقواعد، للأزهري، ١٠.

(٧) سبق تخريج الحديث ص١٢١ من هذا البحث.

القاعدة، فهو من جوامع الكلم، ويشمل النهي عن كل أنواع الضرر، لأن النكرة في سياق النفي تعم، وفيه حذف أصله: لا لحوق، أو إلحاق، أو لا فعل ضرر، أو إضرار، بأحد في ديننا إلا لموجب خاص[1]، لأن الضرر قد فُسِّر في الحديث على أنه لا يضر الرجل أخاه ابتداء، والضرار: أنه لا يضره جزاء[2]، وقد أشار الشاطبي إلى عموم النهي عن الضرر والضرار، في الحديث، حيث قال: "قوله عليه الصلاة والسلام: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ»، فإنه داخل تحت أصل قطعي في هذا المعنى، فإنّ الضرر والضرار مبثوث منعه في الشريعة كلها، في وقائع جزئيات، وقواعد كليّات؛ كقوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِتَعْتَدُوا﴾[3]، ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ﴾[4]، ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ الآية"[5]، ومنه: النهي عن التعدي على النفوس، والأموال، والأعراض، وعن الغصب، والظلم، وكل ما هو في هذا المعنى، إضرارًا وضرارًا، ويدخل تحته: الجناية على النفس، أو العقل، أو النسل، أو المال، فهو معنى في غاية العموم في الشريعة، لا مراء فيه ولا شك"[6]، ونظرًا لثبوت إزالة الضرر بالكتاب والسنة فإنّ وجوب إزالة الضرر أمر تناوله العلماء في كتبهم في مواضع مختلفة[7].

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٤.

(٢) سبل السلام، للصنعاني، ٣/٩٢٨.

(٣) من الآية ٢٣١ من سورة البقرة.

(٤) الآية٦ من سورة الطلاق.

(٥) الآية٢٣٣ سورة البقرة.

(٦) الموافقات، ٤٧٦.

(٧) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، وتيسير التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر،٢/٣٠١؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٤؛ الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ١٧٨؛ مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ٩٠، ٩٨، ١١٢؛ القواعد، للمقري، ٢/٤٥٦؛ الموافقات، للشاطبي، ٤٧٦؛ إيضاح المسالك، للونشريسي، ٨٦، ١٣٤؛ الإحكام، للآمدي، ١٢٤؛ شرح الأربعين النووية، للنووي، ٧٤؛ القواعد، للعلائي، ٢/٣٧٥، ٣٧٦؛ القواعد، للحصني، ١/٣٣٣، ٣٣٤؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٦٥؛ السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ١٤؛ الطرق الحكمية، لابن القيم، ٣٦٣؛ إعلام الموقعين، للمؤلف نفسه، ٣/٨٢؛ الروض المربع، للبهوتي، ٤٢٠؛ سبل السلام، للصنعاني، ٣/٩٢٨؛ إرشاد الفحول، للشوكاني، ٢/٢٢٠؛ تهذيب الأصول، للسبزاوري، ٢/٢٥٤؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ١/١٣٢؛ القواعد الفقهية، لميرزا حسن، ١/١٧٦، ١٧٨.

ولكنّ إدخال الضرر على أحد يستحقه – كالقصاص – من القاتل، غير مراد في الحديث، لكون المعتدي يستحق العقاب بقدر جريمته، لكونه ظَلم نفسه، وغيره، فيطلب المظلوم مخاصمته بالعدل، وفي هذا يقول ابن الأمير الصنعاني: "دلّ الحديث على تحريم الضرر، لأنه إذا نفى ذاته دلّ على النهي عنه، لأن النهي طلب الكف عن الفعل، وهو يلزم منه عدم ذات الفعل، فاستعمل اللازم في الملزوم، وتحريم الضرر معلوم عقلاً وشرعًا، إلا ما دل الشرع على إباحته، رعاية للمصلحة التي تربو على المفسدة، وذلك مثل إقامة الحدود، ونحوها، وذلك معلوم في تفاصيل الشريعة، ويحتمل أن لا تسمى الحدود من القتل، والضرب، ونحوه، ضررًا من فاعلها لغيره، لأنه إنما امتثل أمر الله له بإقامته الحد على العاصي، فهو عقوبة من الله تعالى، لأنه إنزال ضرر من الفاعل، ولذا لا يذم الفاعل لإقامة الحد، بل يمدح"[١].

د) المعقول: العقل يقضي بأنّ من وقع عليه ضرر فإنّ طبيعته تحركه لإزالة ما يضره ويؤلمه[٢]، كما أن الضرر موجود في كل مكان، وفي كل زمان، ولا يزال بعض الناس يبادر بالإضرار، فلو تُرك الأمر على ما هو عليه لعمّت الفوضى وحلّت محلّ الاستقرار، وحلّ الخوفُ محلّ الأمنِ، ولضاعت الحقوق بدلاً من حفظها.

ثانيًا: القاعدة المقاصديّة التشريعيّة الكبرى في رفع الضرر والضرار في القانون اليمني

نصت المادة الرابعة من القانون المدني على القاعدة الكبرى في رفع الضرر والضرار بقولها: "الضرر يجب أن يزال..."، وهذا المنطوق يتفق مع منطوق بعض العلماء لهذه القاعدة، أما المنطوق الذي يعتبر في أصله حديث نبوي وهو: "**لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ**"، فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني في تعليقها على نص المادة الرابعة بقولها: إنّ "المضار هي: كل ما يضر الإنسان في دينه،

---

(١) سبل السلام، ٩٢٩/٣.
(٢) السابق، ٣٣/١

ونفسه، وماله ونسله، وعقله، فهذه يجب أن تزال، لقوله ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»"[1]

ومن خلال هذا يتبين أن القانون اليمني اعتمد في النصّ على قاعد رفع الضرر والضرار كلا المنطوقين الواردين عند العلماء، لأن القانون اليمني حسب نص المادة الأولى من القانون المدني"مأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية".

ثالثًا: بعض القواعد ذوات الصلة بالقاعدة المقاصديَّة التشريعيَّة الكبرى في رفع الضرر والضرار في الشريعة الإسلامية

إذا كانت قاعدة: "لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ" دالَّة على منع الضرر، إلا أن هذا ليس على إطلاقه، ذلك أن الضرر قد يكون مباحًا، وإذا أبيح فإنه يكون مقيدًا غير مطلق، وهذا ما توضحه القواعد التالية:ـــ

١ ـ "**الضرر لا يزال بالضرر**"[2]: ومعنى هذه القاعدة: أن الضرر يزال، لكن ليس بضرر مثله، ولا بأكثر منه بالأولى، فيشترط في إزالة الضرر أن يكون بلا إضرار بالغير إن أمكن وإلا فبأخف منه[3]، فلا يزال ضرر امرئ بارتكاب ضرر بامرئ آخر، ولكن قد يقع تعارض في كون الضرر يزال، وفي كونه لا يزالُ بالضرر، فيرتكب أخف الضررين، وهذه قاعدة ستأتي لاحقًا، ولهذه القاعدة علاقة بقاعدة: "**لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ**"من جهة أنَّ هذه القاعدة مقيِّدة لإزالة الضرر[4]، بمعنى أن الضرر

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٢. والحديث سبق تخريجه ص ١٣١

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٦؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٧١/٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٧٨/١؛ الفرائد البهية نظم القواعد الفقهية، للسيد أبي بكر الأهدل اليمني الشافعي، بهامش الأشباه والنظائر، للسيوطي، طبعة دار الفكر، ١١٨؛ وهذه القاعدة هي المادة رقم(٢٥) من مجلة الأحكام العدلية، ونصها: "الضرر لا يزال بمثله". انظر: [درر الحكام، لعلي حيدر، ٣٥/١].

(٣) درر الحكام، لعلي حيدر، ٣٥/١.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٦.

ولكنَّ إدخال الضرر على أحد يستحقه – كالقصاص – من القاتل، غير مراد في الحديث، لكون المعتدي يستحق العقاب بقدر جريمته، لكونه ظلَم نفسه، وغيره، فيطلب المظلوم مخاصمته بالعدل، وفي هذا يقول ابن الأمير الصنعاني: "دلّ الحديث على تحريم الضرر، لأنه إذا نفى ذاته دلَّ على النهي عنه، لأن النهي طلب الكف عن الفعل، وهو يلزم منه عدم ذات الفعل، فاستعمل اللازم في الملزوم، وتحريم الضرر معلوم عقلاً وشرعًا، إلا ما دل الشرع على إباحته، رعاية للمصلحة التي تربو على المفسدة، وذلك مثل إقامة الحدود، ونحوها، وذلك معلوم في تفاصيل الشريعة، ويحتمل أن لا تسمى الحدود من القتل، والضرب، ونحوه، ضررًا من فاعلها لغيره، لأنه إنما امتثل أمر الله له بإقامته الحد على العاصي، فهو عقوبة من الله تعالى، لأنه إنزال ضرر من الفاعل، ولذا لا يذم الفاعل لإقامة الحد، بل يمدح"[1].

د) **المعقول:** العقل يقضي بأنَّ من وقع عليه ضرر فإنّ طبيعته تحركه لإزالة ما يضره ويؤلمه[2]، كما أن الضرر موجود في كل مكان، وفي كل زمان، ولا يزال بعض الناس يبادر بالإضرار، فلو تُرك الأمر على ما هو عليه لعمّت الفوضى وحلّت محلَّ الاستقرار، وحلَّ الخوفُ محلَّ الأمنِ، ولضاعت الحقوق بدلاً من حفظها.

ثانيًا: القاعدة المقاصديَّة التشريعيَّة الكبرى في رفع الضرر والضرار في القانون اليمني

نصت المادة الرابعة من القانون المدني على القاعدة الكبرى في رفَع الضرر والضرار بقولها: "الضرر يجب أن يزال..."، وهذا المنطوق يتفق مع منطوق بعض العلماء لهذه القاعدة، أما المنطوق الذي يعتبر في أصله حديث نبوي وهو: "لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ"، فقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني في تعليقها على نص المادة الرابعة بقولها: إنَّ "المضار هي: كل ما يضر الإنسان في دينه،

---

(١) سبل السلام، ٣/٩٢٩.

(٢) السابق، ١/٣٣

ونفسه، وماله ونسله، وعقله، فهذه يجب أن تزال، لقوله ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»"[1]

ومن خلال هذا يتبين أن القانون اليمني اعتمد في النّصّ على قاعد رفع الضرر والضرار كلا المنطوقين الواردين عند العلماء، لأن القانون اليمني حسب نص المادة الأولى من القانون المدني"مأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية".

ثالثًا: بعض القواعد ذوات الصلة بالقاعدة المقاصديَّة التشريعيَّة الكبرى في رفع الضرر والضرار في الشريعة الإسلامية

إذا كانت قاعدة: "**لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ**" دالَّة على منع الضرر، إلا أن هذا ليس على إطلاقه، ذلك أن الضرر قد يكون مباحًا، وإذا أبيح فإنه يكون مقيدًا غير مطلق، وهذا ما توضحه القواعد التالية:ـ

١ – "**الضرر لا يزال بالضرر**"[2]: ومعنى هذه القاعدة: أن الضرر يزال، لكن ليس بضرر مثله، ولا بأكثر منه بالأولى، فيشترط في إزالة الضرر أن يكون بلا إضرار بالغير إن أمكن وإلاّ فبأخف منه[3]، فلا يزال ضرر امرئ بارتكاب ضرر بامرئ آخر، ولكن قد يقع تعارض في كون الضرر يزال، وفي كونه لا يزال بالضرر، فيرتكب أخف الضررين، وهذه قاعدة ستأتي لاحقًا، ولهذه القاعدة علاقة بقاعدة: "**لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ**"من جهة أنّ هذه القاعدة مقيِّدة لإزالة الضرر[4]، بمعنى أن الضرر

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٢. والحديث سبق تخريجه ص. ١٠٤١

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٦؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٣٢١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٧٨؛ الفرائد البهية نظم القواعد الفقهية، للسيد أبي بكر الأهدل اليمني الشافعي، بهامش الأشباه والنظائر، للسيوطي، طبعة دار الفكر، ١١٨؛ وهذه القاعدة هي المادة رقم(٢٥) من مجلة الأحكام العدلية، ونصها: "الضرر لا يزال بمثله". انظر: [درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٣٥].

(٣) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٣٥.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٦.

إذا كان ممنوعًا ويجب إزالته فإن إزالته لا تكون بضرر مماثل، لأن الذي يراد رفع الضرر عنه ليس أولى ممن سيلحقه الضرر المترتب على الإزالة، ولأن في تقديم أحدهما على الآخر تحكّمًا[1]، ولكن إذا كانت إزالة الضرر ستتم من غير إحداث المزيل ضررًا، فهذا لا بأس به، كمن يطفئ حريقًا، أو ينقذ غريقًا، وكالمضطر إلى أكل طعام لدفع ضرر الهلاك فإنه لا يجوز له أكل طعام مضطر آخر، وإلاّ لزال الضرر بالضرر، لأنه لو أزيل الضرر بالضرر لما صُدّق أن الضرر يزال[2].

٢ – "**يتحمل الضرر الخاص لأجل دفع الضرر العام**"[3]: هذه القاعدة توضح أن الضرر نوعان؛ ضرر عام، وضرر خاص[4]، فالضرر العام: هو الذي يلحق العامّة، أو أغلبهم، أو تتضرر به مصالحهم. والضرر الخاص: هو الذي يقع على شخص أو أشخاص، إلا أنه لَمّا كان دفع الضرر أو إزالته قد لا يتأتى إلا بحدوث ضرر آخر، فيتعارض دفع الضرر أو إزالته مع الضرر الناشئ من ذلك الدفع أو الإزالة، فإن العلماء قد وضعوا هذه القاعدة ليتبين بها أن الضرر الذي يراد دفعه أو إزالته إمّا ضرر عام، أو ضرر خاص، وعلاقة هذه القاعدة بقاعدة: "**الضرر لا يزال بمثله**": أنها مقيّدة لها[5]، لأن الضرر الخاص أقل من الضرر العام، فيُدفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص.

وإذا كان الإنسان مأذونًا له في تصرفاته التي تجلب له مصلحة أو تدفع

---

(١) قاعدتان فقهيتان: العادة محكمة– لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، د. أحمد فهمي أبو سنة، ٦٢.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٧٨.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٦؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٧٨؛ وهذه القاعدة هي المادة رقم(٢٦) من مجلة الأحكام العدلية، ونصها: "يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام". انظر: [درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٣٦].

(٤) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، وشرحه تيسير التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر، ٢/٣٠١؛ الموافقات، للشاطبي، ٤٢٧، ٤٢٩.

(٥) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٦.

عنه مفسدة، إلا أنه قد يُمنع من بعض التصرفات، وهذا المنع وإن كان فيه ضرر خاص لاحقٌ به، إلا أنه قد ينشأ عن تصرفه ضررٌ عامٌ يلحق المسلمين، أو بقطر من أقطارهم، أو بجماعة منهم، ويغلب الظن بوقوعه، فحينئذ يُمنع الإنسان من هذا التصرف، وعليه أن يتحمل ضرره الخاص به، دفعًا للضرر العام، لأن الضرر الخاص لا يكون مثل الضرر العام، بل دونه، ولذلك يُدفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص، لأن المصالح العامّة مقدمة على المصالح الخاصّة، كمنع الطبيب الجاهل من مزاولة مهنة الطب، فمنعه وإن كان يُشعره هو بوقوع ضرر خاص عليه، إلا أنه لو ترك وشأنه في مزاولة مهنة الطب، لحصل بذلك ضرر عام، كإهلاكه لكثير من الناس، أو ازدياد أمراضهم، وهذا الضرر العام لا يُدفع إلا بالحجر عليه من مزاولة مهنة الطب، وكالحجر على المكاري المفلس، وهو الذي يتقبل الكراء، ويؤجر الدواب، وليس له ظهر يحمل عليه، ولا مال يشترى به الدواب[1].

٣ - "**الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف**": هذه القاعدة توضح أنه لمّا كان دفع الضرر أو إزالته قد لا يتأتى إلا بحدوث ضرر آخر أشد أو أخف، فإن هذه القاعدة قد جاءت لتبيّن أن الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف، وقد وردت في مجلة الأحكام العدلية، في المادة رقم (٢٧) منها، وهي تعني: أن الضرر تجوز إزالته بضرر أخف منه، ولا يجوز أن يزال بمثله، أو بأشد منه[2] - حسب ما وضحناه في القاعدة السابقة - وإزالة الضرر الأشد بارتكاب الأخف أمر معلوم في الشريعة الإسلامية، وفي تأكيد هذا الأمر يقول ابن القيم: "**من أصول الشريعة: أنه إذا تعارضت المصلحة والمفسدة قُدّم أرجحهما**"[3]، ويقول أيضًا: "**قاعدة الشريعة... دفع أعلى الضررين باحتمال أدناهما**"[4]، وهذه القاعدة ضابطة لإزالة الضرر من جهة أنها مقيِّدة لقاعدة: "**الضرر لا يزال بالضرر**"، فإذا أُريد إزالة الضرر، واجتمع ضرران، فلا بد من النظر

---

(١) التحرير في أصول الفقه، لابن الهمام، وشرحه: تيسير التحرير، لأمير بادشاه، طبعة دار الفكر، ٣٠١/٢؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٦.

(٢) قال ابن الأمير الصنعاني: "دفع أعظم المضرتين بأخفهما..." انظر: [سبل السلام، ٣٣/١].

(٣) إعلام الموقعين، ٥/٢-٦.

(٤) السابق، ٥/٢-٦. وهذه القاعدة سمّاها ابن تيمية قاعدة: "رجحان المصلحة على المفسدة". [السياسة الشرعيّة، ١٦].

لأخفهما وأشدهما، فيزال أشد الضررين بارتكاب أخفهما؛ كأكل الميتة، فإنه ضرر، لما فيها من خبث التغذية، ولكنه يباح عند الضرورة، وكقتل المسلم فهو وإن كان فيه مفسدة محرمة، لكنه عند الاعتداء يجوز الدفع بالقتل لمن لم يندفع إلا بذلك، لما في إقدام المعتدي على الاعتداء على النفوس، والأبضاع، والأموال من ضرر أكبر من ضرر قتله، فيزال الضرر الأشد بالضرر الأخف[1].

٤ – "**إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما**"[2]: هذه القاعدة بمعنى سابقتها: فهي تحمل نفس حكمها بتحمل أخف الضررين لدفع أشدهما، والمراد بالمفسدة: ما نهى عنه الشارع؛ لما فيه من الفساد، وهي شاملة للمعاصي والضرر بالمعنى المتقدم[3]، فمثلاً: إذا وجدَ شخص يصول على عرض، وآخر يصول على إنسان يريد قطع عضو من أعضائه، أو يريد قتله، أو يريد الاعتداء على مال محرَّم، فإنه يجب دفع المفسدة الأعلى بارتكاب الأدنى، إذ لا يمكن الجمع بين دفع المفاسد جميعها، فإذا أمكن الجمع بين حفظ العرض، والعضو، والمال، والنفس جُمع بينها، وإن تعذر الجمع بينها فإنه يقدم الدفع عن النفس على الدفع عن العضو، ويقدم الدفع على العضو على الدفع عن العرض، ويقدم الدفع عن العرض على الدفع عن المال، ويقدم الدفع عن المال الخطير على الدفع عن المال الحقير، فتفاوت هذه المصالح ظاهر، وإنما قدم الدفع عن العضو على الدفع عن العرض، لأن قطع العضو سبب مفضٍ إلى فوات النفس، فكان صون النفس مقدمًا على صون العرض، لأن ما يفوت بفوات الأرواح أعظم ممَّا يفوت بفوات الأعراض[4]، ومَثَل ذلك أيضًا: أنه لو وُجِد

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم ٩٦؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢/٥، ٦.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٨؛ قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١/٧٤، ٨١؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٧١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٨٣؛ ومجلة الأحكام العدلية، المادة رقم(٢٨) [درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر، ١/٣٧].

(٣) قاعدتان فقهيتان: العادة محكَّمة– لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، د. أحمد فهمي أبو سنة، ٥٦.

(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ١/٥٢.

من يصول على إنسان، ومن يصول على حيوان محترم؛ كالغنم، والبقر، فإنه يقدم الدفع عن الإنسان على الدفع على الحيوان المحترم، لأن هذا من باب: "**تحمل أخف المفسدتين دفعًا لأعظمها**"(١)، ومفسدة هلاك الإنسان أعظم من مفسدة هلاك الحيوان.

ومن هنا يتبين وجه صلة هذه القاعدة بقاعدة: "**الضرر يزال**" وهو أنه لا بد من مراعاة المفاسد الكبرى عند تعارضها مع المفاسد الصغرى، فإذا كانت إزالة الضرر لا تتم إلا بارتكاب أحدهما، والضرران متعارضان، لا يمكن الجمع بينهما، فإنّ الضرر يزال بدفع المفسدة الكبرى بتحمل الأخف، أي بارتكاب أخف الضررين وأهونهما(٢)، ولكن إذا تساوت المفسدتان فإنّ الإنسان مخيّر بارتكاب أحدهما، لأنه لا وجه لتعيين ارتكاب أحدهما بعينها، ولأن ارتكاب المفسدة المحرمة لا يجوز إلا عند الضرورة، وهو في هذه الحالة مبتلى ببليتين متساويتين، وقد ضبط العز بن عبد السلام اجتماع المفاسد المجردة عن المصالح بقوله: "إذا اجتمعت المفاسد المحضة، فإن أمكن درؤها درأنا، وإن تعذر درء الجميع درأنا الأفسد فالأفسد والأرذل فالأرذل، فإن تساوت، فقد يتوقف، وقد يتخيرّ، وقد يختلف في التساوي والتفاوت"(٣).

٥ – "**درء المفاسد أولى من جلب المصالح**"(٤): هذه القاعدة تعني: أنه إذا تعارضت مفسدة ومصلحة، فإنه يقدَّم – غالبًا – دفع المفسدة على جلب المصلحة(٥)، أو إذا كان

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام ، ٥٣/١.

(٢) القواعد، للمقري، ٢/ ٤٥٦، ٤٥٧؛ إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، للونشريسي، ٨٦، ١٣٤.

(٣) قواعد الأحكام، ١/ ٦٥.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٩؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٨٨/١؛ ومجلة الأحكام العدلية المادة رقم(٣٠). انظر: [درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، لعلي حيدر ٣٧/١]، ويقال أيضًا: "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح". انظر: [إيضاح المسالك، للونشريسي، ٨٢].

(٥) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٩؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٨٨/١.

فعل المأمور به، أو المأذون فيه مستلزمًا لارتكاب أمر منهي عنه، فإنه يترك هذا الفعل المأمور به أو المأذون فيه؛ لأن ارتكاب المأمور به أو المأذون فيه في هذه الحالة يتناقض مع المصلحة التي يراد بها هنا: ما صلح به أمر الناس ممَّا أمر به الشارع أو أذن فيه(١)، لأن قوام الإنسان في دينه ودنياه ومعاشه ومعاده لا يتم إلا بحصول الخير واندفاع الشر(٢)؛ فالمصلحة هي: "جلب المنفعة أو دفع المضرة"(٣)، وقد تقدم تعريف المفسدة(٤).

ووجه تقديم دفع المفسدة على جلب المصلحة عند تعارضهما وعدم إمكان الجمع بينهما: هو أن اعتناء الشرع بالمنهيات أشد من اعتنائه بالمأمورات، ولأن الأحكام الشرعيَّة مبْنِيَّة على جلب المصالح ودفع المفاسد، ولأن الابتعاد عن الحرام أشد من فعل المأمور، والواجبات أهون على النفس من المنهيات، فيجوز ترك الواجب أحيانًا دفعًا للمشقة – كالفطر في المرض – ولكن الشارع لم يسامح في الإقدام على المنهيات، وخصوصًا الكبائر (٥) – كقتل النفس، والزنى – وبناءً على هذه القاعدة، فإن الشخص إذا أراد مباشرة عمل ينتج عنه منفعة له، ولكنه من جهة أخرى يستلزم ضررًا مساويًا لتلك المنفعة أو أكبر منها، فإنه يجب أن يُقلع عن إجراء ذلك العمل، درءًا للمفسدة المقدم دفعها على جلب المنفعة(٦)، ولكن مع مراعاة أن

---

(١) قاعدتان فقهيتان: العادة محكَّمة- لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ، د. أحمد فهمي أبو سُنة،٥٧، ٥٨.
(٢) روضة الناظر، لابن قدامة، ٤١٢/١.
(٣) السابق، ٤١٢/١.
(٤) انظر في ذلك: القاعدة السابقة لهذه القاعدة.
(٥) القواعد، للمقري، ٤٤٣/٢؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٩،١٠٠؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٨٨/١، ١٨٩؛ المواهب السنة، لعبد الله بن سليمان الشافعي على شرح الفرائد البهية نظم القواعد الفقهية، للأهدل، بهامش الأشباه والنظائر، للسيوطي، طبعة دار الفكر، ١٢٠؛ إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٤٢٤.
(٦) درر الحكام، لعلي حيدر،٣٧/١.

المصلحة إذا كانت فائدتها أزيد بكثير ممَّا يترتب على المفسدة من الأضرار، فإن المنفعة تُقدم، ولا ينظر إلى المفسدة القليلة، أي أن المصلحة تراعى إذا غلبت على المفسدة[(١)].

ومن أمثلة الأفعال المشتملة على المصالح والمفاسد مع رجحان مصالحهما على مفاسدهما: الصلاة إلى غير القبلة، فإنها مفسدة، لكن إن تعذر استقبال القبلة لأي سبب – كالعجز، أو الإكراه – فإن الصلاة تجب إلى الجهة المقدور عليها[(٢)]؛ "لئلا تفوت مقاصد الصلاة وسائر شرائطها بفوات شرط من شرائطها لا نسبة لمصلحته إلى شيء من مصالح مقاصدها"[(٣)].

ووجه كون هذه القاعدة ضابطة لقاعدة: إزالة الضرر، هو أنها نظير قاعدة: "**إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما**"[(٤)]، من جهة أن تقديم درء المفاسد نوع من إزالة الضرر، إلاّ أن قاعدة: "**درء المفاسد أولى من جلب المصالح**" إنما هي عند اجتماع المصالح والمفاسد مع ترجُح وجه المصلحة على وجه المفسدة، كترجيح التلفظ بكلمة الكفر باللسان عند الإكراه إذا كان قلب المُكرَه مطمئنا بالإيمان؛ لأن حفظ الروح والأعضاء أكمل مصلحة وأرجح من مفسدة التلفظ بكلمة لا يعتقدها الجنان وإن كان الصبر على عدم التلفظ بها أفضل إعزازًا لدين الله[(٥)]، أما إذا أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد عند اجتماع المصالح والمفاسد، فإن للمرء فعل ذلك امتثالا لأمر الله تعالى فيهما، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾[(٦)]، فأمّا إنْ تعذر ذلك فإنْ كانت المفسدة أعظم من المصلحة، فإنَّ درء

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٠٠؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٨٩.

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ١/٧٠؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٨٩.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام ١/٧٠.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٩؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٨٨.

(٥) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام، ١/٦٩.

(٦) من الآية ١٦ من سورة التغابن.

المفسدة مقدم على جلب المصلحة[1]، وإنّ كانت المصلحة أعظم من المفسدة، فتحصيل المصلحة أولى، وإن استوت المصالح والمفاسد، فقد يتخيَّر بينهما، وقد يتوقف فيهما، وقد يقع الاختلاف في تفاوت المفاسد[2]، فمثال ما رجحت مفسدته على مصلحته: قطع اليد المتآكلة حفظًا للروح إذا كان الغالب السلامة بقطعها، ومثال ما تكافأت فيه المصلحة والمفسدة: قطع اليد المتآكلة عند استواء الخوف من قطعها وإبقائها[3].

رابعًا: القواعد ذوات الصلة بالقاعدة المقاصديَّة التشريعيَّة الكبرى في رفع الضرر والضرار في القانون اليمني

ذكر القانون اليمني قاعدة واحدة من القواعد ذوات الصلة الكبرى في رفع الضرر والضرار هي قاعدة: "**درء المفاسد أولى من جلب المصالح**"، حيث نص عليها في المادتين الثالثة والرابعة من القانون المدني، فالمادة الثالثة نصَّت على ذلك بقولها: "الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم..."، وأكدت المادة الرابعة هذا المعنى بقولها: "**الضرر يجب أن يزال، ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح عند التعارض**"، ففي هذا دلالة صريحة على تقديم درء المفاسد على جلب المصالح عند ترجح المفسدة على المصلحة، أو عند تساويهما، أما المفسدة المرجوحة فلا اعتبار لها في جانب المصلحة الراجحة[4]، والقانون اليمني بهذا يتفق

---

(١) دليل ذلك قوله تعالى: ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ﴾. [من الآية ٢١٩ من سورة البقرة]، فإن الله حرمهما، لأن مفسدتهما أكبر من منفعتهما، أما منفعة الخمر: فبالتجارة، ونحوها، وأما منفعة الميسر: فبما يأخذه المقامر من المقمور، وأما مفسدة الخمر: فبإزالتها العقول، وما تحدثه من العداوة، والبغضاء، والصد عن ذكر الله، وعن الصلاة، وهذه مفاسد عظيمة لا نسبة إلى المنافع المذكورة إليها. انظر: [قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ١/٦٨].

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ١/٦٨.

(٣) السابق، ١/٨٤.

(٤) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٢.

مع نصوص العلماء السابق ذكرها في هذه القاعدة.

ويبدو أن القانون اليمني اكتفى بذكر هذه القاعدة، ولم يذكر كثيرًا من القواعد المتعلقة بقاعدة إزالة الضرر، لأن هذه القاعدة اشتملت على قواعد أخرى، مثل: "**الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف**"، لأن درء المفسدة هو في الحقيقة نوع من تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد، كما أن القانون اليمني اكتفى بذكر هذه القاعدة بجانب قاعدة: "**الضرر يجب أن يزال**"؛ ليترك الباب للشرَّاح في تناول القواعد الأخرى الأقل أهمية من تلك القواعد، ومرجعهم في ذلك: الفقه الإسلامي، والمذكرات الإيضاحية، إلا أن الفقه الإسلامي هو مرجعهم الأول، وهذا ما نصَّت عليه المادة رقم (١٨) من القانون المدني بقولها: "المرجع في تفسير نصوص القوانين وتطبيقها هو الفقه الإسلامي، والمذكرات الإيضاحية، والكتب الشارحة الصادرة من الهيئة التشريعيَّة المختصة".

القاعدة المقاصديَّة التشريعيَّة الكبرى في التيسير ورفع الحرج والقواعد ذوات الصلة بها في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني

أولاً: القاعدة المقاصديَّة التشريعيَّة الكبرى في التيسير ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية.

تتضح هذه القاعدة من خلال ذكر منطوقها، ومفهومها، وأصلها، وذلك على النحو التالي: ــ

١ – منطوق القاعدة

يعتبر رفع الحرج من القواعد المشهورة عند العلماء، ويعبرون عن ذلك بمنطوق مشهور بينهم هو: "**المشقة تجلب التيسير**"[١].

٢ – معنى القاعدة

هذه القاعدة تعني: أن الصعوبة والمشقة التي يصادف وجودها في شيء تكون سببًا باعثًا على تسهيل ذلك الشيء وتهوينه، وتجلب للمكلفين التيسير والتخفيف عليهم، وأنّ القصد من التوسيع على العباد وقت الضيق بالتسهيلات الشرعيَّة –

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٤؛ الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة،٥؛ المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي،١/٣٤٣؛ المنثور في القواعد، للزركشي،٢/٢٦٩؛ القواعد، للحصني، ١/٣٠٨؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، طبعة وزارة الأوقاف، بقطر، ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م، ١/٩٦، ٢/٤٢٦؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٥٧؛ الفرائد البهية نظم القواعد الفقهية، للأهدل، بهامش الأشباه والنظائر، للسيوطي، طبعة دار الفكر، ١٠٣؛ غاية المأمول، للبطاشي، ١/٣٤٧؛ فصول الأصول، للسيابي، ٣٥٨، وهذه القاعدة هي المادة رقم(١٧) من مجلة الأحكام العدلية. انظر: [درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٣١].

كتجويز بعض العقود، والوصية، والصلح، وغير ذلك – هو دفع المشاقّ وجلب التيسير[1]، وذلك رخصة من الله تعالى.

ومع أنه يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته، إلا أن المشقة التي تجلب التسيير يجوز العمل بها إذا لم يوجد نص، وأما إذا وجد النصّ فلا يجوز العمل بخلافه بداعي التيسير وإزالة المشقة، ولذلك لا أثر لألم مشقة الحدود، ورجم الزناة، وقتل الجناة، في إسقاط هذه العقوبات[2]، ووجه ذلك: هو أن المشاقّ ليست على نمط واحد، فهناك مشاقّ لابد من تحملها، وهناك مشاقّ يُعذر في تحملها، ولذلك قسمت المشاق إلى قسمين:-

القسم الأول: مشقة لابد من تحملها غالبًا: كمشقة البرد في الوضوء والغسل، ومشقة الصوم في شدة الحر وطول النهار، ومشقة إقامة العقوبات من الحدود؛ كالقطع، والجلد، والقتل، وغيرها، فمثل هذه المشاق لا أثر لها في إسقاط العبادات والطاعات، ولا في تخفيفها، لأنها لو أثرت لفاتت مصالح العبادات والطاعات في جميع الأوقات، ولفات ما رتب عليها من المثوبات[3]، ولأن الفروض لا بد من إقامتها، كالعقوبات، والقضاء، والضابط في هذا أنه: **"لا مشقة في الإتيان بالفرض"**[4]

القسم الثاني: مشقة يعذر في تحملها غالبًا: وهي على مراتب: –

المرتبة الأولى: مشقة عظيمة فادحة، كمشقة الخوف على النفوس، والأطراف، ومنافع الأعضاء، فهذه مشقة موجبة للتخفيف والترخيص، لأن حفظ النفوس والأطراف لإقامة مصالح الدارين أولى من تعريضها للفوات في عبادة أو عبادات يفوت بها أمثالها.

---

(١) درر الحكام، لعلي حيدر، ٣١/١.

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٥٨/١، ١٦٢. وانظر: درر الحكام، لعلي حيدر، ٣٢/١.

(٣) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ٧/٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٦٢/١.

(٤) الفروق الفقهية، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ٣٨

المرتبة الثانية: مشقة خفيفة، كأدنى صداع في الرأس، وأدنى وجع في إصبع، فهذه مشقة لا أثر لها، ولا التفات إليها، لأن تحصيل مصالح العبادات أولى من دفع هذه المشقة التي لا أثر لها.

المرتبة الثالثة: مشقة متوسطة واقعة بين هاتين المرتبتين، مختلفة في الخفة والشدة، فما قرُبَ من المرتبة العليا أوجب التخفيف، وما قرُبَ من المشقة الدنيا لم يوجب التخفيف، كالحمّى الخفيفة، ووجع الضرس اليسير، وما تردد في إلحاقه بأيهما اختلف فيه، ولا ضبط لهذه المراتب إلا بالتقرب[1]، فكلما قارب العليا كان أولى بالتخفيف، وما قارب الدنيا كان أولى بعدم التخفيف[2]، ولكن المشاق لا تختص بالعبادات؛ بل تجري في المعاملات أيضًا؛ كبيع الرمان والبطيخ في قشورها، لعسر اجتناب بيعها بدون قشورها[3].

ولذلك فإن المشقة الجالبة للتيسير هي المشقة غير المعتادة التي لا يقدر عليها المكلَف، أما المشقة المعتادة فلا مناص منها، وهي من طبيعة الحياة، غير أنه لمّا كانت المشاق تختلف باختلاف الظروف والأحوال والأشخاص فإن التخفيفات تتعلق بتلك الظروف، فالسفر سبب للتخفيف، ومن رُخَصِه: القصر، والمرض سبب للتخفيف، ورخصه كثيرة، كالتيمم عند مشقة استعمال الماء، والإكراه، والنسيان، والجهل، أسباب للتخفيف، والعسر سبب للتخفيف، كالصلاة مع النجاسة المعفو عنها،

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ٧/٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٦٢/١

(٢) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ٨/٢. مثال ذلك: المبالغة في المضمضة للصائم، فابتلاع ماء المضمضة اختلف في كونه مشقة عليا أو دنيا، لوقوعه بينهما، فألحق بعض العلماء هذه المشقة بتيسير الاحتراز عنه وأبطل بها الصوم، لأن المبالغة مستندة إلى تقصير الصائم بفعله ما نهي عنه، وألحقها بعضهم بالمضمضة لوقوعها غالبًا. [السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة].

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ٨/٢.

مثل دم القروح والبراغيث والقيح والصديد، والنقص سبب للتخفيف، كالتخفيف عن الصبي، والمجنون، بعدم التكليف، فالنقص نوع من المشقة، حيث إنّ النفوس مجبولة على حب الكمال، فناسب ذلك التخفيف في التكليفات[(1)]

وبناءً على ذلك فإن التخفيفات الشرعيّة قد تكون تخفيف إسقاط: وذلك مثل إسقاط الصوم لبعض الأعذار، وقد تكون تخفيف تنقيص: وذلك مثل قصر الصلاة للمسافر، وقد تكون تخفيف إبدال: وذلك مثل إبدال الوضوء والغسل بالتيمم عند قيام الأعذار، وقد تكون تخفيف تقديم: كتقديم العصر إلى الظهر، والعشاء إلى المغرب في السفر، وقد تكون تخفيف تأخير: وذلك مثل تأخير الصلاة في حق مشتغل بإنقاذ غريق، وقد تكون تخفيف ترخيص: وذلك مثل شرب الخمر لإنزال اللقمة التي لا يجد الإنسان ما ينزلها به إلا الخمر، ومثل التلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه، وقد تكون تخفيف تغيير: وذلك مثل تغيير هيئة الصلاة في الخوف[(2)].

ومن خلال هذا يتضح أن المشقة التي تجلب التيسير تختلف تبعًا لسبب المشقة، وأن التيسير والتخفيف الناشئ عن تلك المشقة تختلف طبيعته، من حيث كونه إسقاطًا، أو نقصًا، أو غير ذلك.

٣ – أصل القاعدة[(3)]

ثبتت قاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**" بالكتاب، والسنة، والمعقول.

أ- **من الكتاب:** وردت آيات كثيرة في كتاب الله تدل على المصير إلى التخفيف، كقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[(4)]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٠٨، ١٥٨، ١٥٩، ١٦١

(٢) انظر في هذه الأنواع: [قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ٢/٦؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٢٦٤].

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٤؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٥٧.

(٤) من الآية ١٨٥ من سورة البقرة.

جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾[1]، فهذه الآيات وغيرها ممّا لم نذكره تدل على أن الحرج الذي يعني: الضيق والثقل منفي عن الأمة[2]، قال ابن عباس: "﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾: إنما ذلك سعة الإسلام، ما جعل الله فيه من التوبة والكفارات"[3].

ب- **من السنة**: من الأحاديث الدالة على رفع الحرج عن الأمة والتيسير عليهم: ما صحَّ عَنْ أَنَسِ بن مَالِك: عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «**يَسِّرُوا وَلاَ تُعَسِّرُوا، وَبَشِّرُوا وَلاَ تُنَفِّرُوا**»[4]، ولهذا الحديث شواهد أخرى تدل على الأمر بالتيسير والتخفيف[5]، وقد عقد البخاري لموضوع التخفيف والتيسير بابًا، حيث قال: "بَاب قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: «**يَسِّرُوا وَلاَ تُعَسِّرُوا**» وَكَانَ يُحِبُّ التَّخْفِيفَ وَالْيُسْرَ عَلَى النَّاسِ"[6]، وهكذا فإن شواهد رفع الحرج كثيرة، ولذلك قال ابن العربي: "كانت الشدائد والعزائم في الأمم، فأعطى الله هذه الأمة من المسامحة واللِّين ما لم يعطِ أحدًا قبلها... فأعظم حرج رفع المؤاخذة بما نبدي في أنفسنا ونخفيه، وما يقترن به من إصْر وُضِع عنّا"[7]، وقال أيضًا:

---

(١) من الآية ٧٨ من سورة الحج.

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي،٣/١٣٠٤، ١٣٠٥.

(٣) السابق، ١٣٠٥/٣.

(٤) أخرجه البخاري، واللفظ له (٣) كتاب العلم (١١) باب ما كان النبيُّ ﷺ يتخوَّلهم بالموعظة والعلم كي لا ينفروا، حديث رقم (٦٩) ٣٨/١. ومسلم (٣٢) كتاب الجهاد والسير (٣) باب في الأمر بالتيسير وترك التنفير، حديث رقم (١٧٣٤) ١٣٥٩/٣.

(٥) من ذلك ما صحَّ عن النبي ﷺ أنه بَعَثَ مُعَاذًا وَأَبَا مُوسَى إِلَى الْيَمَنِ، قَالَ: «**يَسِّرَا وَلاَ تُعَسِّرَا، وَبَشِّرَا وَلاَ تُنَفِّرَا، وَتَطَاوَعَا وَلاَ تَخْتَلِفَا**». انظر: [صحيح البخاري واللفظ له (٦٠) كتاب الجهاد (٦١) باب ما يكره من التنازع والاختلاف في الحرب، حديث رقم (٢٨٧٣) ١١٠٤/٣-١١٠٥، ومسلم (٣٢) كتاب الجهاد والسير (٣) باب في الأمر بالتيسير وترك التنفير، حديث رقم(١٧٣٣) ١٣٩٥/٣].

(٦) كتاب الأدب رقم (٣١) باب رقم ٨٠، ٢٢٦٩/٥.

(٧) أحكام القرآن، ١٣٠٥/٣

"ولو ذهبْتَ إلى تعديد نعم الله في رفع الحرج لطال المرام"[1].

ج – **المعقول:** الفطرة السليمة ومسلّمات العقل تقضي بوقوع الناس في اضطراب وعدم استقرار في تعاملاتهم إذا لم تكن حياتهم ومعاملاتهم قائمة على اليسر، فمثلاً، تجويز الإجارات، والبيوع، وغير ذلك من المعاملات كالعقود الجائزة، هو نوع من التخفيف على الناس، إذ لو لم تُجَز مثل تلك المعاملات لوقع الناس في حرج[2].

ثانيًا: القاعدة المقاصديَّة التشريعيَّة الكبرى في التيسير ورفع الحرج في القانون اليمني

لم يذكر القانون اليمني منطوقًا معينًا أو محددًا لقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**"، ولكنه نص على أن الشريعة الإسلامية مبينة على التيسير وعدم المشقة وعدم الحرج، فالمادة الثالثة من القانون المدني نصَّت على أن: "الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم والتيسير في معاملاتهم وعدم تكليفهم بما يشق عليهم ويوقعهم في الضيق والحرج بما يخالف الشريعة الإسلامية"، وهذا يعني: أن التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم أمر لا بد من مراعاته في تطبيق القانون، فهذا النصّ وإن لم يكن تصريحًا من القانون اليمني على قاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**" إلا أن فيه الكفاية من التوضيح لأهمية التيسير على الناس وعدم إيقاعهم في الضيق والحرج، ولهذا جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني عن هذه المادة: أنها "تنصُّ على قاعدة أساسية يرجع إليها في معرفة الحكمة من النصوص، وتبيُّن عللها، فهي مبنية على رعاية مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم"[3]، وهذا المسلك من القانون اليمني قد سلكه بعض العلماء في هذه القاعدة،

---

(١) أحكام القرآن، ١٣٠٥/٣.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٨.

(٣) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٢

فالمقّري -مثلاً- ذكر القاعدة السادسة والثمانون بعد المائة بلفظ: "**الحرج مرفوع...**"[(١)]، فهذه القاعدة تفيد معنى قاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**" من حيث اتفاقهما على التيسير ورفع الحرج والضيق، وهذا ينطبق على القانون اليمني، حيث ذكر التيسير ورفع الحرج والضيق عن الناس في المادة سالفة الذكر بعبارات دالة على معنى قاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**"، وهذا يعني أن القانون اليمني أخذ بقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**"، ونص على معناها، ويؤكد هذا ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني: من أن "أحكام الشريعة الإسلامية تجري في دائرة الوسع الذي لا إرهاق فيه ولا إعنات... فالشريعة الإسلامية سمحة، يعقب فيها الشارع الحكيم على الأحكام العملية بقوله تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾، وقوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ ﴾، وقوله تعالى: ﴿ مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ ﴾، وقوله تعالى: ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾"[(٢)]، ومن هذا النصّ يتضح استدلال القانون اليمني بالنُصوص الصريحة في يسر الشريعة الإسلامية، وهذا كله تأكيد على إرشاد القاضي والمتقاضي إلى الأخذ باليسر في المنازعات.

ثالثًا: القواعد ذوات الصلة بالقاعدة المقاصديّة التشريعيّة الكبرى في التيسير ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية

من القواعد المتعلّقة بقاعدة: "المشقة تجلب التيسير" ما يلي: -

---

(١) القواعد، ٤٢٣/٢.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٢ والآيات الواردة في النصّ هي: من الآية رقم ٢٨٦ من سورة البقرة، ومن الآية رقم ١٨٥من سورة البقرة، ومن الآية رقم ٦ من سورة المائدة، ومن الآية رقم ٧٨ من سورة الحج.

١ - "**إذا ضاق الأمر اتسع**"(١): هذه القاعدة منسوبة إلى الإمام الشافعي(٢) رحمه الله والمراد بالاتساع: الترخيص، والمراد بالضيق: المشقة(٣)، ومعنى القاعدة: أنه إذا ظهرت مشقة أمر لكثرة وقوعه، فإنه يرخص فيه، وأنّ الضيق والمشقة في ذلك الأمر يكون سببًا للرخصة والتوسعة لإزالة ذلك الضيق، وأنه - لأجل إزالة المشقة - تجوز الأشياء غير الجائزة(٤)، ومثال ذلك: أنه لو سقط بعير في بئر يتعذر رفعه منه، وأمكن طعنه في بعض مقاتله، فإنه يحل ذلك، لأنه لمّا تعذرت ذكاته حلّ طعنه، ووجه صلة هذه القاعدة بقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**"، هو أنها بمعناها(٥)، فكلاهما تفيدان أنّ المشقة سبب للرخص والتخفيف.

٢ - "**المشقة سبب الرخصة**"(٦): هذه القاعدة تعني: أن الرخص الشرعيّة سببها وجود المشقة، وهي بمعنى قاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**".

٣ - "**الميسور لا يسقط بالمعسور**"(٧): ومعناها: أن الشيء المعسور إذا كان في بعضه ميسورًا، فإنه لا تخفيف فيه، ومثاله: أنه يجب على من كان مقطوع بعض الأطراف غسل باقي الأطراف(٨)، لأن غسل باقي الأطراف أمر ميسور، ولا يسقط

---

(١) المنثور في القواعد، للزركشي، ١/٤٧؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٦٥. ويقال: "الأمر إذا ضاق اتسع". انظر: [الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٣؛ مجلة الأحكام العدلية، المادة رقم(١٨)، درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٣٢].

(٢) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ٢/١٢٨؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١/٤٨.

(٣) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ٢/١٢٨.

(٤) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٣٢.

(٥) الأشباه والنظائر، للسيوطي ١/١٦٥؛ المواهب السنية، لعبد الله بن سليمان الجرهزي الشافعي، على شرح الفرائد البهية نظم القواعد الفقهية، للسيد الأهدل اليمني، بهامش الأشباه والنظائر، للسيوطي، دار الفكر، ١١١.

(٦) روضة الناظر، لابن قدامة، ١/٤١١.

(٧) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٤٣.

(٨) السابق، ١/٣٤٤.

غسلها بمشقة كون بعض الأطراف مقطوعة، ووجه صلة هذه القاعدة بقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**": هو أنها مقيَّدة لقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**"، وقاعدة: "**إذ ضاق الأمر اتسع**"[1]، فهاتان القاعدتان وإن كانتا صريحتين في التخفيف والتيسير على الأمة، إلا أنهما مقيَّدتان بأنه ليس كل مشقة تجلب التيسير، فما كان من المشاق مقدورًا على تحمله، فإنه – وإن كان فيه عسر – إلا أنه لا يوجب التخفيف إن قُدر على فعله.

٤ – "**من كُلِّف بشيء من الطاعات، فقدر على بعضه، وعجز عن بعضه، فإنه يأتي بما قُدِر عليه، ويسقط عنه ما عجز عنه**"[2]: هذه القاعدة بمعنى سابقتها، إلا أنها أوضح منها، لصراحتها في أن المكلّف إنما يأتي بما قدر عليه، ويسقط عنه ما يعجز عنه؛ لقوله سبحانه: ﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾[3]، ووجه صلتها بقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**" ظاهر في اتفاقهما على التيسير ورفع الحرج، إلا أن هذه القاعدة مقيَّدة للإطلاق الوارد في قاعدة:"**المشقة تجلب التيسير**"، من جهة أن سقوط بعض التكليفات مقيد بالعجز عنه.

٥ – "**الضرورات تبيح المحظورات**"[4]: هذه القاعدة تعني – إجمالا –: أن المحظور الشرعي لا يستباح إلا لضرورة[5]، وهذا المعنى مفهوم من خلال ورود هذه القاعدة

---

(١) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٣٤٤/١.

(٢) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ٥٠/٢

(٣) من الآية ٢٨٦ من سورة البقرة.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٦٤؛ الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٢٨٨؛ القواعد للونشريسي، ١٣٢؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٣١٧/٢؛ نيل الأوطار، للشوكاني، ٥٩/٨؛ جامعة الفوائد في الضوابط والقواعد، للسواكني الأزهري، ١٠. وهذه القاعدة هي المادة رقم(٢١) من مجلة الأحكام العدلية، حيث وردت بلفظ: "الضرورة تبيح المحظورات". انظر: [درر الحكام، لعلي حيدر، ٣٣/١].

(٥) إعلام الموقعين، لابن القيم، ١٧/٢.

بعبارات مفسّرة لمعناها، مثل: "**الضرورات تبيح مالا يبيح غيرها**"[1]، و"**لا حرام مع ضرورة**" [2]، وغير ذلك[3].

وأما المعنى التفصيلي لها فإنه لا يتضح إلاّ من خلال إيضاح المفردات التي تشتمل عليها القاعدة، وهي: الضرورة، والمباح، والمحظور، ثم معرفة شروط تحقق الضرورة، وذلك على النحو التالي: -

أ - معنى الضرورة: الضرورة الواقعة على الشخص تعني: "بلوغه حدًّا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب"[4]، أي قارب من الهلاك، وتعني أيضًا: "العذر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع"[5]، أي أن الضرورة هي وقوع الشخص تحت ظرف مهلك، أو مقارب من الهلاك، كالجوع الشديد في الصحراء الذي يؤدي إلى هلاك الشخص، وكالمرض الشديد المؤدي إلى الهلاك، ففي مثل هذه الظروف يباح للشخص تناول المحظور، لأن العذر المشروع لذلك هو وقوعه في حال الضرورة، ولكن لمّا كان معلومًا أن الله تبارك وتعالى خلق الناس على تفاوت فيما بينهم من القوة والضعف، والقدرة على تحمل الضرورات من عدمها، فإن الضرورة تختلف باختلاف الأشخاص، وباختلاف نوع الضرورة الواقعة على الشخص، فالمرض المؤدي إلى الموت أو المرض ضرورة، وهذا ما وضحه الإمام الشافعي ﷺ بقوله:

---

(١) الفروق الفقهية، للقاضي عبد الوهاب البغدادي، ٢٩-٣٠.

(٢) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢/١٧. وقد ذكر ابن قيم هذه القاعدة -أيضًا- بقوله: "من قواعد الشرع الكلية: أنه لا واجب مع عجز، ولا حرام مع ضرورة".

(٣) انظر ما قاله ابن قدامة: من أن "المشقة سبب الرخصة". [روضة الناظر، ١/٤١١].وانظر في العمل بقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات": [إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٣٥٥؛ نبذة مختصرة من كتاب شذور الذهب في تحقيق المذهب، لعبد الله بن الحسين دلامة، في مقدمة شرح الأزهار، لابن مفتاح، ١/١٥؛ تهذيب الأصول، لعبد الأعلى الموسوي، ٢/٢٥٣، ٢٥٤، ٢٥٦؛ أصول الفقه، لمحمد رضا المظفر، ٢/٢٤٦، ٢٤٨].

(٤) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/١٦٩؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٧٦.

(٥) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٣٣.

"وَالْمُضْطَرُّ: الرَّجُلُ يَكُونُ بِالْمَوْضِعِ لاَ طَعَامَ فيه معه، وَلاَ شَيْءَ يَسُدُّ فَوْرَةَ جُوعِهِ من لَبَنٍ وما أَشْبَهَهُ، وَيُبْلِغُهُ الْجُوعُ ما يَخَافُ منه الْمَوْتَ أو الْمَرَضَ، وَإِنْ لم يَخَفْ الْمَوْتَ أو يُضْعِفُهُ وَيَضُرُّهُ أو يَعْتَلُّ أو يَكُونُ مَاشِيًا فَيَضْعُفُ عن بُلُوغِ حَيْثُ يُرِيدُ، أو رَاكِبًا فَيَضْعُفُ عن رُكُوبِ دَابَّتِهِ، أو ما في هذا الْمَعْنَى من الضَّرَرِ الْبَيِّنِ"[1]، هذا هو الوجه الأول للضرورة، ويقول أيضا عن الوجه الثاني للضرورة: "إنَّ من الضَّرُورَةِ وَجْهًا ثَانِيًا: أَنْ يَمْرَضَ الرَّجُلُ الْمَرَضَ يقول له أَهْلُ الْعِلْمِ بِهِ، أو يَكُونُ هو من أَهْلِ الْعِلْمِ بِهِ قَلَّمَا يَبْرَأُ من كان بِهِ مِثْلُ هذا، إلاَّ أَنْ يَأْكُلَ كَذَا أو يَشْرَبَ كَذَا، أو يُقَالُ له: إنَّ أَعْجَلَ ما يُبْرِئُك أَكْلُ كَذَا أو شُرْبُ كَذَا؛ فَيَكُونُ له أَكْلُ ذلك وَشُرْبُهُ ما لم يَكُنْ خَمْرًا إذَا بَلَغَ ذلك منها أَسْكَرَتْهُ، أو شيئا يُذْهِبُ الْعَقْلَ من الْمُحَرَّمَاتِ، أو غَيْرِهَا فإن إذْهَابَ الْعَقْلِ مُحَرَّمٌ"[2].

ومن هذا يظهر أنّ وجه استثناء الخمر وكلّ ما يذهب العقل من جواز تناول المضطر لها عند الإمام الشافعي: هو أن شرب الخمر – إلى حد السكر – أو تناول غيره من المسكرات يؤدي إلى ذهاب العقل، وذهاب العقل يمنع الفرائض ويؤدي إلى إتيان المحارم وغير ذلك من المحرمات، كما أننا إذا تأملنا تعريف المضطر عند الشافعي وبيانه لكون المرض ضرورة، فإننا نجد أن الشافعي قد جعل الضرورة متعلّقة بالضرر، فهذا الوصف للضرورة عنده اشتمل على معنيين:-

المعنى الأول: أن الخوف من أنْ يؤدي الجوع الشديد إلى الموت، أو المرض، أو الضعف، يعتبر ضرورة تبيح المحظور، إذا كان هذا الضرر بيّنًا.

والمعنى الثاني: أنّ صاحب المرض المفضي إلى ضرر بيّن يكون في ضرورة، وهذه الضرورة المرضية تثبت بقول أهل العلم، وهم الأطباء الذين يقررون أن المريض إن لم يأكل كذا أو يشرب كذا فإنه لن يبرأ أو أنه سيتأخر شفاؤه، فهذه

---

(١) الأم، وبهامشه مختصر المزني، ٢/٢٢٥

(٢) السابق، ٢/٢٢٦

الضرورة تبيح تناول المحرم.

ومن خلال هذا يتضح أن المقصود من إباحة المحظورات للضرورات حفظ النفوس من الهلاك، وحفظها من شدة الضرر.

ومن مجموع ما سبق يمكن القول: إن الضرورة هي الحالة التي لا يجد المكلف معها لحفظ نفسه ودفع الضرر عنه إلا ارتكاب المحظور[1]، أي أن إباحة المحظور مقتصرة على حالة الضرورة التي تلجئ الشخص وتبلغه حدًا إن لم يتناول معه الممنوع هلك أو قارب من الهلاك، فوقوع المكلف تحت الإكراه الملجئ بقتله أو بقطع عضو منه ضرورة، والجوع الشديد ضرورة ملجئة لارتكاب المحظور، وهكذا، فالضرورة تختلف بحسب حالة الشخص، ونوع الضرورة، كما أن الضرورة وإن كان يباح معها تناول المحظور شرعًا، إلا أنه إذا ارتفعت الضرورة ارتفع معها إباحة تناول المحظور.

أما الحاجة: وهي حالة دون حالة الضرورة، فهي وإن كانت حالة جهد ومشقة – كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكله لم يهلك[2]– إلا أن حالة الجهد والمشقة هذه لا يباح بها تناول الممنوع شرعًا، فالجائع الذي لا يؤدي به الجوع إلى الهلاك هو في حالة جهد ومشقة، إلا أنه لا يباح له تناول المحرَّم – كالميتة – لأن جوعه لا يؤدي به إلى الهلاك، أو إلى شدة الضرر.

وأما المنفعة: فهي حالة دون الحاجة، ودون الضرورة، كالذي يتشهى لحم الغنم، أو الطعام الدسم، ولذلك لا يباح في حالة المنفعة تناول المحظور من باب أولى، كونها حالة أدنى من الحاجة، وأدنى من الضرورة[3].

---

(١) هذا التعريف قريب من تعريف علي حيدر صاحب درر الحكام، حيث قال في تعريف الضرورة: "هي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعا". انظر: [درر الحكام، ١/٣٤].

(٢) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٧٦.

(٣) السابق، نفس الجزء ونفس الصفحة.

ب – **معنى الإباحة**: جاء في معنى المباح: أنه"الذي عرّف الشرع أنه لا ضرر عليه في تركه ولا فعله، ولا نفع من حيث فعله وتركه"[1]، وهو أيضًا: "ما لا يمدح على فعله ولا على تركه"[2]، أي أنه لا ضرر على الشارع في فعله وتركه[3]، والمباح "قد يطلق على ما لا ضرر على فاعله"[4]، وهذا المعنى هو الذي نريده هنا في هذه القاعدة، أي أنه لا ضرر على فاعل المباح، ويقال للمباح: "الحلال والجائز"[5]، وهذا المعنى أيضًا مراد في القاعدة، ففي حالة الضرورات تصبح المحظورات حلالاً، وبذلك يكون المقصود من المباح في القاعدة: ما ليس به مؤاخذة[6]، بمعنى: أنه لا يؤاخذ فاعل الشيء المرخص به[7]

ج – **معنى المحظور**: المحظور هو: "ما يُذم فاعله ويُمدح تاركه، ويقال: له المعصية، والذنب، والمزجور عنه، والمتوعد عليه"[8]

ومن خلال هذا يتبين لنا أن في إباحة المحظور عند الضرورة أمرين:ـ

الأمر الأول: أن إباحة المحظور عند الضرورة تقتضي رفع المؤاخذة بارتكاب الحرام عند الضرورات.

الأمر الثاني: أن في إباحة المحظورات عند الضرورات مراعاة لمقاصد الشريعة؛ بحفظ الدين، والنفس، والمال، والنسل، والعرض، والعقل.

---

(١) المستصفى، للغزالي، ٦٨/١. والمباح عرفه الرازي، بأنه: "لا حرج في فعله وفي تركه". انظر: [المحصول، ٢١٣/٢].

(٢) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٥٩/١.

(٣) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٤) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٥) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٦) درر الحكام، لعلي حيدر، ٣٤/١.

(٧) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٨) إرشاد الفحول، للشوكاني، ٥٩/١.

وبناءً على ذلك فإن قاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات" ضابطة لإزالة الضرر، من حيث كونها تنص على حالة من الحالات التي يستثنى فيها إباحة الضرر، وهي حالة الضرورة، على شرط أن يكون تناول المحرَّم بقدر الضرورة.

د – شروط تحقق الضرورة:

الضرورة المبيحة للمحظور تتحقق بشروط هي:ـــ

الشرط الأول: أن تكون الضرورة موجودة حالاً لا متقدمة ولا متأخرة ينتظر الشخص وقوعها[1].

الشرط الثاني: أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى إلا مخالفة الأوامر والنواهي الشرعيَّة: ولذلك لا يجوز تناول الخمر لسد الرمق والحفاظ على الحياة، أو لإساغة اللقمة بها، إلا إذا لم يوجد شيء آخر غير الخمر، ويظهر هذا الشرط من خلال وصف الإمام الشافعي للمضطر الذي يباح له تناول المحرّم من الميتة والدم ولحم الخنزير، حيث وصف المضطر بقوله: " وَالْمُضْطَرُّ: الرَّجُلُ يَكُونُ بِالْمَوْضِعِ لاَ طَعَامَ فيه معه، وَلاَ شَيْءَ يَسُدُّ فَوْرَةَ جُوعِهِ من لَبَنٍ وما أَشْبَهَهُ، وَيُبْلِغُهُ الْجُوعُ ما يَخَافُ منه الْمَوْتَ أو الْمَرَضَ، وَإِنْ لم يَخَفْ الْمَوْتَ أو يُضْعِفُهُ وَيَضُرُّهُ أو يَعْتَلُّ.. فَأَيُّ هذا نَالَهُ فَلَهُ أَنْ يَأْكُلَ من الْمُحَرَّمِ"[2]، وهذا يعني أن تناول المحرّم عند الضرورات لا يباح إلا في حالة أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى غير ارتكاب المحرم.

الشرط الثالث: أنه يجب على المضطر دفع الضرورة بالقدر اللازم دون تجاوز: لأن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها[3]، وهذا الشرط صرح به الإمام الشافعي أيضًا حيث قال في إباحة المحظورات للمضطر:"أَنَّ اللَّهَ تَبَارَكَ وَتَعَالَى إنَّمَا أَحَلَّ ما حَرَّمَ بِالضَّرُورَةِ، على شَرْطِ أَنْ يَكُونَ الْمُضْطَرُّ غير بَاغٍ وَلاَ عَادٍ وَلاَ مُتَجَانِفٍ لإِثْمٍ"[4]،

---

(١) الأم، للشافعي، وبهامشه: مختصر المزني، ٢/٢٢٦.

(٢) السابق، ٢/٢٢٥.

(٣) أصول الفقه، المسمى إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٣٥٥

(٤) الأم، وبهامشه مختصر المزني، ٢/٢٢٦.

ولذلك فإن المضطر لا يأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق.

الشرط الرابع: مراعاة دفع الضرورة بالأخف فالأخف: وهذا الشرط معناه: أن المضطر لا يعدل إلى ارتكاب الأغلظ من المحرمات مع وجود الأخف، فمن اضطر مثلاً إلى طعام ومعه ثمن ذلك الطعام فإنّ له أن يشتري ذلك الطعام بثمنه إن استطاع، أو بثمن يتغابن الناس في مثله، وليس له الإقدام على أكل الميتة، بل يجب عليه ترك أكلها ما أمكن؛ لأن شراء الطعام بثمنه أو بغبن أقل مفسدة من الإقدام على أكل الميتة[1]، كما يظهر هذا الشرط من قول الفقهاء في دفع المعتدي: أن للمعتدى عليه دفع الاعتداء بأسهل ما يغلب على ظنه دفعه به[2].

الشرط الخامس: أن تكون الضرورة أشد من المحظور: أي أن الضرورات لا تبيح كل المحظورات، بل يجب أن تكون المحظورات دون الضرورات، أما إذا كانت الممنوعات أو المحظورات أكبر من الضرورات فلا يجوز إجراؤها ولا تصبح مباحة، فوجود الضرر يبيح ارتكاب المحرَّم، بشرط كون ارتكاب المحظور أخف من وجود الضرر، ولذلك فإن شدة الجوع المؤدية إلى الهلاك أو إلى شدة الضرر ضرورة، ولكنها تعتبر ضرورة أشد من ترك الأكل من الميتة، لأن عدم الأكل من الميتة قد يؤدي إلى فوات النفس عند الجوع الشديد، أو قد يؤدي إلى لحوق الضرر الشديد، ولذلك يقال: "**الضروريات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها**"[3]، أي أنّ عدم نقصان الضرورة عن المحظور يعتبر قيدًا في الضرورة المباح بها تناول المحظور، ليخرج بذلك ما إذا قلّت الضرورة عن المحظورة أو تساوت معها، ولذلك فإنه إذا دُفن ميت بلا تكفين، فإنه لا ينبش، لأن ضرورة عدم وجود كفن أقل مفسدة من مفسدة هتك حرمته، ولأن عدم تكفينه قد قام الستر بالتراب مقامه، ولو أكره

---

(١) الأم، وبهامشه مختصر المزني، ٢/٢٢٥

(٢) الروض المربع، للبهوتي، ومتنه: زاد المستقنع، للحجاوي، ٤٥٤.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٧٠.

شخص بالقتل على قتل غيره، فإنه لا يرخص له في ذلك، فإنْ قتله أثم، لأن مفسدة فوت نفسه أخف من مفسدة قتله لغيره(١).

بعض القواعد الضابطة لشروط الضرورات التي تبيح المحظورات

١- **"ما أبيح للضرورة يقدَّر بقدرها"**(٢)، ومثلها عبارات كثيرة بنفس المعنى(٣)، وهي تعني: أن إجراء الشيء المباح عند الضرورة مقيَّد بأن يكون بقدر إزالة الضرورة، ولا يجوز تجاوز استباحة المحظور حال الضرورة إلى أكثر من القدر الذي تندفع به تلك الضرورة، بحيث إذا ارتفعت الضرورة عاد تحريم ذلك المحظور كما كان عند عدم الضرورة(٤).

٢- **"الأصل ألا تكون الإباحة في ثابت المنع عند الحاجة إليه إلا على قدر المبيح إلا بدليل"** (٥): وهي تعني: أن الإباحة في الممنوع تكون بقدر المبيح، وأن السبب المبيح لتناول الممنوع، هو الضرورة، فتكون الإباحة بقدر الضرورة، وهذه القاعدة وسابقتها تتعلقان بشرط من شروط الضرورة، وهو أنه يجب على المضطر مراعاة

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٥.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٥؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٧٠؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٧٠.

(٣) من تلك العبارات ما يلي:-

أ- "ما ثبت للضرورة يقدر بقدرها". [قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١/٧٤].

ب- "ما أحلّ إلا لضرورة أو حاجة يقدر بقدرها". [السابق، ٢/١٠٨].

ج- "ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها". [المادة رقم(٢٢) من مجلة الأحكام العدلية؛ درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٣٤].

د- "ما يقدر للضرورة يقتصر فيه على ما يدفعها". [إجابة السائل، لابن الأمير الصنعاني، ٣٥٥].

(٤) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٣٤

(٥) القواعد، للمقري، ١/٣٣١.

قدر الضرورة، ولذلك فإن المضطر لا يأكل من الميتة إلا مقدار ما يمسك الرمق[1]، وهو الحياة.

٣- "**الضرر يدفع بقدر الإمكان**"[2]، وهي تعني: أن للشخص دفع الضرر عن نفسه، بشرط أن يكون ذلك الدفع مناسبًا لحالة الضرورة، فمثلاً: لو دخل سارق منزل شخص فإن على الشخص دفع ذلك السارق بقدر الإمكان، فإنْ كان السارق يندفع بالكلام والأمر فلا حاجة لضربه، وإن كان ممن يندفع بالضرب بالعصا فلا حاجة إلى دفعه بالقتل[3]، فهذه القاعدة تتعلق بشرط من شروط الضرورة، وهو أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة إلاّ مخالفة الأوامر والنواهي، فعلى الدافع مراعاة الوسائل المناسبة لدفع الضرر عنه.

٤- "**إذا اجتمع للمضطر محرمان كلّ منهما لا يباح بدون الضرورة، وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلهما ضررًا، لأن الزيادة لا ضرورة إليها، فلا يباح**"[4]، أي المحرم، وهي تعني: أنه إذا كانت الضرورات تبيح المحظورات إلا أنه يجب مراعاة دفع الضرورة بالأخف فالأخف، فالمضطر لا يعدل إلى ارتكاب الأغلظ من المحرمات مع وجود الأخف؛ مثل تقديم ميتة المأكول على ميتة غير المأكول عند الاضطرار.

وأخيرًا: فإن ارتكاب المحظور عن الضرورة لا ينفي الضمان على المضطر إذا أتلف شيئًا، فمثلا: تناول طعام الغير حال المخمصة وإنْ رُخِّص فيه للمضطر في تلك الحالة، إلا أنه يجب عليه الضمان، لأن الضرورة التي تبيح تناول مال الغير أو

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٥؛ القواعد، للمقري، ١/٣٣١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٧٠.

(٢) المادة رقم(٣١) من مجلة الأحكام العدلية [درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٣٧].

(٣) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٣٨.

(٤) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب الحنبلي، ٢٦٥.

إتلافه وإنْ كان لا يترتب عليها عقاب المضطر، إلا أنها لا تكون سببًا لعدم ترتب الضمان[١]، استنادا إلى القاعدة القائلة بأن: "**الاضطرار لا يبطل حق الغير**" [٢]، وإلى القاعدة القائلة: بأنّ "**من أتلف شيئًا لدفع أذاه لم يضمنه، وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه**"[٣]، فهذه القاعدة وإن كانت كسابقتها من جهة أن الاضطرار لا يبطل حق الغير في الضمان؛ إلا أن هذه القاعدة فرّقت بين أثر الإتلاف عند الاضطرار على الضمان في حال أن يكون المضطر قد أتلف ذلك الشيء لدفع أذى ذلك الشيء، وبين أثر الإتلاف في حال أن يكون المضطر قد أتلف ذلك الشيء لدفع أذاه؛ أي دفع أذى المضطر.

وهذه القاعدة يوضحها هذا المثال: فالشخص لو هجم عليه حيوان، ولم يتمكن من دفع أذى ذلك الحيوان عن نفسه إلا بقتله فإنه لا يضمنه، وإن قتله ليدفع به أذى عن نفسه - كما لو قتله ليأكله في المخمصة - فإنه يضمنه، والفرق في الحالتين: أن سبب عدم تضمين الشخص للحيوان الصائل عليه عند قتله هو دفع أذى الحيوان، أما سبب تضمين الشخص للحيوان عند عدم صياله فهو أن الشخص أقدم على إتلاف ذلك الحيوان لدفع أذى أصابه من جوع أو اضطرار إليه؛ فلذلك ضمنه، ومثاله أيضًا لو أنّ شخصًا أراد قتل غيره بغير حق، ودافع ذلك المقصود عن نفسه، ولم يتمكن من دفع الصائل إلا بقتله، فإنه يجوز له ذلك، ولا يضمنه، لأنّ قتله للصائل كان لدفع أذاه وشرّه، ودفاعًا عن النفس، ويمكن التمثيل للقتل لدفع الأذى عن النفس: بقتل الشخص غيره ليأكله في المخمصة، فإنّ القتل هنا كان بدافع أنّ القاتل أراد دفع الأذى عن نفسه بقتل غيره، فلذلك لا يسقط الضمان[٤].

ومما يتعلّق بقاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**" أن الحاجة قد تُنزّل

---

(١) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٣٨-٣٩.
(٢) المادة(٣٣) من مجلة الأحكام العدلية [درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٣٨].
(٣) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب الحنبلي، ٣٧.
(٤) السابق، الصفحة نفسها.

منزلة الضرورات في إباحة المحظورات، وذلك رعاية لرفع الحرج، وهذا واضح من خلال القاعدة القائلة بأن: "**الحاجة تُنَزَّل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة**"(١)، ومن خلال القاعدة القائلة بأن: "**الحاجة العامّة تُنَزَّل منزلة الضرورة في حق آحاد الناس**"(٢)، ومعناهما: أن الشرع كما اعتنى بدفع ضرورة الشخص الواحد، فإنه يعتني أيضًا بحاجات الناس، إذ لو مُنعوا من تعاطي ما تدعو إليه حاجاتهم لنالهم ضرورة تزيد في عامتهم عن الشخص الواحد، ورعاية حاجة الناس عامة أولى من رعاية ضرورة الشخص الواحد، فالإجارة مثلاً جُوزت لحاجات خاصة بمن يتعلق بهم عقد الإجارة، ولكن الحاجة إلى الإجارة لا تقتصر على بعض الأشخاص، بل تكاد تشمل عامة الناس، ولذلك تُنَزَّل الحاجة العامّة منزلة الضرورة(٣)، إذ تدعو الحاجة بين عامة الناس إلى الإجارة، لأنه لا يملك كلّ فرد مركبًا، ومسكنًا، وخادمًا، فهو محتاج إلى الركوب، والمسكن، والخادم، وذلك بالإجارة عليها.

كما أن أثر الحاجة الخاصّة في إباحة المحظور يتضح أيضًا من خلال القاعدة: بأن "**الحاجة الخاصّة تبيح المحظور**"(٤)، فهذه القاعدة تعني: أن الشيء الممنوع يصبح مباحًا للحاجة الخاصّة المتعلّقة بالشخص المحتاج إليها، كجواز لبس الحرير لدفع حاجة الإصابة بالحكة(٥).

ووجه صلة قاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**" بقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**" واضحٌ؛ حيث إنّ الضرورات ينطوي تحتها معنى المشقة التي يناسبها

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٠٠؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٩٠؛ ومجلة الأحكام العدلية .حيث وردت فيها في المادة رقم(٣٢) بلفظ: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة" انظر: [درر الحكام، شرح مجلة الأحكام العدلية، لعلي حيدر، ١/٣٨].

(٢) المنثور في القواعد، للزركشي، ١/٢٧٧.

(٣) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٤) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٥) السابق، ١/٢٧٨.

التيسير بإباحة المحظورات عند الضرورات، فإباحة المحظورات عند الضرورات تعتبر من قبيل الرخص المباحة[1]، هذا من ناحية.

ومن ناحية ثانية فإن إباحة المحظورات عند الضرورات تسمى في علم أصول الفقه: "الرخصة"، أي في الحكم، وهي تعني: "أن يثبت - أي الحكم - على خلاف الدليل لعذر"[2]، وبعبارة أوضح، فإن الرخصة: "هي الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر هو المشقة والحرج"[3]، وهي أيضًا: "ما شرع من الأحكام لعذر مع قيام السبب المحرم"[4]، والمراد بالعذر الذي رخص لأجله المحرم: هو المشقة على المكلف، التي شرعت معها مخالفة ذلك المحرم، من باب التسهيل ورفع الحرج، وذلك للضرورة، فأكل الميتة عند الاضطرار رخصة، لعذر الاضطرار، ولحفظ النفس من الهلاك[5].

والرخصة قد تكون واجبة، مثل: حلّ الميتة للمضطر إليها. وقد تكون مندوبة، كالقصر للمسافر إن كان سفره ثلاثة أيام فصاعدًا - ووجه كون القصر للمسافر رخصة مندوبة لا واجبة، هو أن المسافر لن يصاب بهلكة ولا مشقة - وقد تكون مكروهة، كالقصر في أقل من ثلاثة أيام، فإنها رخصة من جهة تحقق كون الإنسان في سفر، وقد تكون مباحة، وهي كلّ ما رخص فيه من المعاملات، كالإجارات[6]، لأن الناس بحاجة مستمرة إلى المعاملات، ولو لم يرخص فيها لأصابهم مشقة، نظرًا للحاجة إليها في كل مكان، وفي كل زمان.

ومن ناحية ثالثة فإن الأدلة التي يستدل بها على قاعدة "**الضرورات تبيح**

---

(١) القواعد، للونشريسي، ١٣٢.

(٢) المنهاج، للبيضاوي، ١/١٨.

(٣) التمهيد، للإسنوي، ٨٣.

(٤) الإحكام، للآمدي، ١/٩٥.

(٥) الإحكام، للآمدي، ١/٩٥؛ الإبهاج في شرح المنهاج، لعلي بن عبد الكافي السبكي، ١/٨٢.

(٦) التمهيد، للإسنوي، ٨٤، ٩٤.

المحظورات" تدل على التيسير ورفع الحرج عن الأمة بإباحة الضرورات عند المحظورات، ومن تلك الأدلة – على سبيل المثال –: قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ[1] وَلَا عَادٖ[2] فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ ﴾[2]، حيث يستدل بهذا على أن الله سبحانه وتعالى أحل ما حرَّم للضرورة، على شرط أن يكون المضطر غير باغٍ ولا عادٍ، ولا متجانف لإثم، كما أن الله سبحانه وتعالى ذكر نفي الإثم والجناح عن المضطر، فعلم بذلك جواز المحرم بالضرورة[3]، ومن الأدلة على إباحة المحظورات عند الضرورات أيضًا: قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ فِي مَخۡمَصَةٍ غَيۡرَ مُتَجَانِفٖ[4] لِّإِثۡمٖ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ ٣﴾[5]، فهذه الآية تدل – كما دلت الآية الأولى – على أن الضرورة يحل بها بعض الأشياء المحرمة، وقد قال الشافعي: "فيحل ما حرِّم من ميتة، ودم، ولحم خنزير، وكل ما حرِّم ممَّا لا يغير العقل من الخمر للمضطر"[6].

ومن ناحية رابعة فإن العقل يقضي بأن قاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**" تحمل معنى قاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**"، لأن العقل يقضي بحفظ البدن من الهلاك وعند شدة الضرر ولو بارتكاب المحظور، حيث إنَّ الاضطرار حالة من أحوال الإنسان تقابل حالة الاختيار[7].

والخلاصة: أن قاعدة: "**إباحة المحظورات عند الضرورات**" فيها تحقيق لمقاصد

---

(١) معنى غير باغ: أي غير باغٍ في أكله فوق حاجته. [الجامع لأحكام القرآن للقرطبي، ٢/٢٣١].
(٢) معنى غير عاد: أي باستيفاء الأكل إلى حد الشبع. [السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة] والنص القرآني هو من الآية ١٧٣ من سورة البقرة.
(٣) الأم، للشافعي، وبهامشه: مختصر المزني، ٢/٢٢٦؛ الإبهاج، لتاج الدين السبكي، شرح المنهاج، للبيضاوي، ١/٨٣
(٤) معنى متجانف لإثم: أي غير مائل لحرام. انظر: [الجامع لأحكام القرآن، للقرطبي، ٦/٦٤].
(٥) من الآية ٣ من سورة المائدة.
(٦) الأم، للشافعي، وبهامشه: مختصر المزني، ٢/٢٢٥.
(٧) بداية المجتهد، لابن رشد، ١/٣٧٥، ٣٨٤

الشريعة الإسلامية، إذ من المعلوم أن نفي الحرج والمشقة من تلك المقاصد، وإباحة المحظورات عند الضرورات فيه رفع للحرج عن الأمة، لأن الله تعالى لا يكلف نفسًا إلا وسعها؛ ولأن الأحكام الواردة في حالة الاضطرار واردة للتخفيف عن المكلفين والتوسعة عليهم في تحصيل مصالحهم ودفع المفاسد عنهم(1)، لقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾(2)، ولذلك وردت هذه القاعدة عند بعض العلماء بما يشير إلى أن علّة إباحة المحظورات عند الضرورات هي الحفاظ على المقاصد الأصلية من تشريع الأحكام، وهي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والمال، والنسل، فالسيوطي مثلاً ذكر هذه القاعدة بقوله: "**الضروريات تبيح المحظورات**"(3)، وهذا فيه دلالة مقاصدية بحفظ الضروريات، التي يقصد بها: ما عرف من الشارع الالتفات إليها، وهي خمسة: أن يحفظ عليهم دينهم، وأنفسهم، وعقولهم، وأنسابهم، وأموالهم(4)، ولو لم تُبح المحظورات لحفظ هذه الضروريات لأدى ذلك إلى هلاك الحرث والنسل، والله لا يحب الفساد.

ومن هذا يتضح أنه لا تقتصر علاقة قاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**" بقاعدة "**المشقة تجلب التيسير**" فحسب، بل لقاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**" علاقة بقاعدة: "**لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ**" أيضًا؛ لأنه إذا تبين أن الضرر محرّم وأنه يجب إزالته فإن الضرورة عذر شرعي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع، لأن الإنسان إذا وقع في حالة ملجئة لتناول المحظور شرعًا، فإن هذه الحالة تعتبر عذرًا له في تناول الشيء الممنوع ولا يؤاخذ بذلك، فوقوع الشخص في حالة الإلجاء – كالإكراه – ضرورة، إلا أنه لكي يدفع الضرر الواقع عليه يباح له تناول المحظور، كما أن التعرض لمال الغير وإتلافه لا يجوز، إلا أن الشخص إذا أصبح في حالة الهلاك

(1) روضة الناظر، لابن قدامة، 1/411.
(2) من الآية 185 من سورة البقرة.
(3) الأشباه النظائر، 1/168.
(4) روضة الناظر، لابن قدامة، 1/414.

بسبب الجوع فله أخذ مال الغير ودفع ثمنه فيما بعد، فالضرر الواقع عليه وهو الهلاك لا يندفع إلا بتخليص نفسه منه، وذلك بأخذ مال الغير حيث لا سبيل لدفع الهلاك إلاّ به.

رابعًا: القاعدة ذات الصلة بالقاعدة المقاصديّة التشريعيّة الكبرى في التيسير ورفع الحرج في القانون اليمني

سبق القول بأنّ من القواعد ذوات الصلة بقاعدة: "**المشقة تجلب التيسير**": قاعدة "**الضرورات تبيح المحظورات**"، وقد وردت في القانون اليمني في المادة الخامسة من القانون المدني، ونصها: "**الضرورات تبيح المحظورات**"، وقد اعتبرت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني هذه القاعدة من القواعد المبنية على التيسير[1]، وبهذا يتضح أن القانون اليمني قد أخذ في منطوق قاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**" بالمنطوق الغالب الذي نص عليه كثير من العلماء، وهو ما يعني موافقة القانون اليمني لكثير من العلماء في منطوق القاعدة، كما أن النصّ عليها يعني أن القانون اليمني قد جعلها مستندًا للقاضي يستند إليها في قضائه وفي تطبيق القانون، كما أنّ موافقة القانون اليمني لكثير من العلماء في منطوق قاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**" يعني أن القاضي إذا استند إلى هذه القاعدة في تطبيق القانون فإنه ليس مستندًا إلى نص القانون فحسب، بل مستند أيضًا إلى نصوص الفقهاء.

ولتفسير هذه القاعدة في القانون اليمني لابد من توضيح معناها، وبيان شروط الضرورة المبيحة للمحظور، وذلك على النحو التالي: –

١ – معنى قاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات" في القانون اليمني

لا يبعد معنى قاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**" في القانون اليمني عن معناها في الشريعة الإسلامية، فالمذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني شرحت هذه

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٣.

القاعدة، بقولها: إنها "أصل آخر مبني على جانب التيسير، والضرورة: هي الأمر الملجئ الذي ليس منه بد، ولا يمكن الاستغناء عنه في الحال، أو المآل، بشرط أن تكون متحققة، بأن تكون هي الحامل على فعل المحظور، وأن تكون إباحتها بقدرها، فيقتصر من المحظور على ما يدفعها وحسب، كمن خشي الموت جوعًا، فله أن يأكل من الميت ما يسد رمقه"(١)، فيفهم من هذا أن المحظور الشرعي لا يستباح إلا لضرورة، والضرورة هي الحالة التي لا يجد الإنسان معها لحفظ نفسه أو لرفع الضرر الشديد عن نفسه أو ماله إلا ارتكاب المحظور، بشروط سيأتي توضيحها لاحقًا.

كما نصت المادة رقم (٣٦) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه: "لا مسئولية على من ارتكب فعلاً ألجأته إليه ضرورة وقاية نفسه، أو غيره، أو ماله، أو مال غيره، من خطر، جسيم، محدق، لم يتسبب هو فيه عمدًا، ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى..."، فهذا النصّ استند إليه بعض الباحثين في تعريف الضرورة، فالدكتور/علي حسن الشرفي يقول: "الاضطرار معناه: بلوغ درجة الخشية من الضرر، سواء قامت تلك الخشية على علم يقيني أو ظن غالب، وهي تفيد معنى الالتجاء، وهذا يعني أن الشخص يكون في حالة ضرورة إذا تيقن أنه مطوق بمخاطر جسيمة تهدده بضرر بليغ أو غلب على ظنه ذلك"(٢)

ويفهم من هذا التعريف أن الضرورة تعني: أنّ ضررًا شديدًا قد يلحق بالشخص إذا هو لم يقدم على الممنوع الذي سيزيل ضرره، ويفهم منه أيضًا: أن الاضطرار والضرورة بمعنى واحد، إذ الاضطرار إلى الشيء هو الاحتياج الشديد إليه، في حين أن الحاجة تعني: الاحتياج الخفيف إلى ذلك الشيء، فلا ضرر إذا لم يتحقق الأمر المطلوب، وإنما يتحقق خلل أو نقصان كان من الأفضل اتقاؤه، فمثلاً: قد يتعرض الشخص لحالة جوع شديد، أو ظمأ شديد، أو تخبط في مخاطر مهلكة،

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٢ -١٣.

(٢) شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ ١: النظرية العامة للجريمة، ٣٤٠.

ويتيقن انه لا سبيل للنجاة منها إلا باقتراف فعل السرقة، او الإتلاف، او نحو ذلك، وعدم قيامه بهذه الأفعال يعني تعرضه لضرر شديد قد يكون مهلكًا أو ضارًا ضررًا بليغًا، فيكون حكم هذا الشخص في هذه الأوضاع حكم المضطر، أما إذا كان ذلك الشخص لم يبلغ هذا الحد من الاضطرار بأنْ يشعر برغبة في الأكل أو يشعر بحاجة إلى توفير بعض المطالب غير الأساسية، فإنّ هذا الوضع لا يعتبر منشئًا لحالة ضرورة، وعلى هذا فإن حالة الضرورة بمعناها المشار إليه في المادة سالفة الذكر هي التي تعتبر مانعًا من موانع المسئولية الجنائيّة[1]

٢ – شروط تحقق الضرورة في القانون اليمني

تتضح شروط الضرورة المبيحة للمحظور في القانون اليمني من خلال بعض نصوصه، ومن تلك النُصوص ما يلي: –

أ – نصّت المادة الخامسة من القانون المدني اليمني على أنّ: "الضرورات تبيح المحظورات التي لا تندفع إلا بها"، فهذا النصّ ذكر شرطًا لإباحة المحظورات عند الضرورات، وهذا الشرط هو أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى إلا ارتكاب المحظور، كما أن المذكرة الإيضاحية لهذا القانون قد ذكرت بشكل مفصل شروطًا أخرى للضرورات التي تبيح المحظورات، حيث قالت: "الضرورة هي الأمر الملجئ الذي ليس منه بدّ، ولا يمكن الاستغناء عنه في الحال، أو المآل، بشرط أن تكون متحققة: بأن تكون هي الحامل على فعل المحظور، وأن تكون إباحتها بقدرها، فيقتصر من المحظور على ما يدفعها وحسب، كمن خشي الموت جوعًا، فله أن يأكل من الميت ما يسد رمقه"[2]، ومن خلال هذا يتضح أن الشروط المبيحة لتناول المحظورات عند الضرورات في القانون اليمني ثلاثة شروط هي:ـ

الشرط الأول: أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة: وهذا الشرط مفهوم من خلال

(١) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ ١: النظرية العامّة للجريمة ، ٣٤٠-٣٤١.
(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٣.

قول المذكرة الإيضاحية عن الضرورة: "أن تكون متحققة"، وهذا شرط ذكره العلماء كما سبق القول.

الشرط الثاني: أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى إلا ارتكاب المحظور: وهذا الشرط مفهوم من خلال نص المادة الخامسة من القانون المدني اليمني من: أن "الضرورات تبيح المحظورات التي لا تندفع إلا بها"، ومفهوم أيضًا من خلال قول المذكرة الإيضاحية عن الضرورة: بأن "تكون هي الحامل على فعل المحظور"(١)، وهذا شرط ذكره العلماء أيضًا.

الشرط الثالث: أنه يجب مراعاة قدر الضرورة عند ارتكاب المحظور: وهذا الشرط مفهوم من خلال النصّ السابق للمذكرة الإيضاحية: الذي وضّح أن من شرط ارتكاب المحظورات عند الضرورات "أنْ تكون إباحتها بقدرها، فيقتصر من المحظور على ما يدفعها وحسب، كمن خشي الموت جوعًا، فله أن يأكل من الميت، ما يسد رمقه"، وهذا شرط ذكره العلماء أيضًا.

وهناك شرطان آخران ذكرهما العلماء، وهما: مراعاة دفع الضرورة بالأخف فالأخف، وأن تكون الضرورة أشد من المحظور، ولكن لم يذكرهما النصّ القانوني آنف الذكر، ولا نص المذكرة الإيضاحية آنف الذكر أيضًا، إلا أن هذا لا يعني عدم وجود هذين الشرطين في القانون اليمني، إذ يمكن فهمها من خلال تناسب الفعل المحظور مع الضرورة، ومن خلال ما يسمى: جسامة الخطر(٢)، وهذا ما يوضحه النصّ القانوني التالي: -

ب- تضمنت المادة رقم (٣٦) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني كثيرًا من شروط الضرورة حيث نصّت على: "أنه لا مسئولية على من ارتكب فعلاً ألجأته إليه

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، الكتاب الأول، ١٣.

(٢) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٣٤١.

ضرورة وقاية نفسه، أو غيره، أو ماله، أو مال غيره، من خطر جسيم محدق، لم يتسبب هو فيه عمدًا، ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى، وبشرط أن يكون الفعل متناسبًا مع الخطر المراد اتقاؤه، فلا عقوبة جنائية عليه، ما لم يكن قتلاً أو جرحًا، فيسأل مسئولية المخطئ، ولا يعتبر في حالة ضرورة من أوجب عليه القانون مواجهة ذلك الخطر"، فهذا النصّ قد وضح أنه يشترط في الخطر المنشئ لحالة الضرورة ما يلي: –

الشرط الأول: أن يكون الخطر جسيمًا (جسامة الخطر): والخطر الجسيم هو: الخطر المنذر بضرر بالغ لا يمكن إصلاحه، أو أن إصلاحه أمر عسير جدًا، فالخطر المهدّد بالهلاك، أو بإتلاف بعض الأعضاء، أو بعض الأموال العزيزة، يعتبر خطرًا جسيمًا، فإذا اندفع الشخص إلى الفعل الممنوع تحت تأثير خطر بسيط لا يبعث عادة خوفًا أو فزعًا، فإنه لا يكون في حالة ضرورة، لأن شرط الجسامة في الخطر في هذه الحالة غير متوافر.

الشرط الثاني: أن يكون الخطر حالاً (حلول الخطر): والخطر الحال هو: الذي يوشك أن يقع بحيث لم يبق بينه وبين الوقوع إلا لحظة يسيرة، لو ترك وشأنه لوقع فعلاً، فإذا كان الخطر قد وقع، أو أنه محتمل الوقوع بعد حين، فلا تكون حالة الضرورة متوافرة.

كما أنه يشترط في الفعل الذي يُقترف تحت تأثير الاضطرار ما يلي: –

الشرط الأول: أن يكون الفعل لازمًا لاتقاء الخطر، ومقتضى هذا الشرط: أن يكون الفعل المحظور هو الوسيلة الوحيدة للنجاة من الخطر، لأنه لو كان بإمكان الشخص التخلص من الخطر بوسيلة أخرى لما كان هناك مبرر شرعي لمقارفة ذلك الفعل الممنوع، فالذي يستطيع النجاة من الخطر بالفرار لا يُعذر إنْ هو واجه الخطر بفعل ممنوع، والذي يستطيع استخدام التراب لإطفاء حريق مهدّد لماله لا يُعذر إنْ ترك هذه الوسيلة واستخدم مال جاره لإطفاء النار، فأتلفه.

الشرط الثاني: أن يكون الفعل متناسبًا مع الخطر(التناسب)، وهذا الشرط ورد

صراحة في نص المادة رقم (٣٦) – المذكورة آنفًا – من قانون الجرائم والعقوبات اليمني وعبارتها: "ويشترط أن يكون الفعل متناسبًا مع الخطر المراد اتقاؤه..."، ومقتضى هذا الشرط: أن يكون الفعل المحظور هو أقل الأفعال التي يمكن أن يندفع بها الخطر، بحسب ظروف الجاني، وظروف الحال[1]

ومن خلال هذا يتضح ما يلي:-

أ – أن ما اشترطه الفقهاء للأخذ بمقتضى الضرورة في أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، وأن تكون الضرورة موجودة حالاً، لا متقدمة، ولا متأخرة ينتظر الشخص وقوعها، هو شرط موجود في القانون المدني اليمني، وفي مذكرته الإيضاحية كما سبق، وهو موجود أيضًا في المادة رقم (٣٦) آنفة الذكر من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، التي ذكرت وصف الخطر الجسيم المستلزم للضرورة، بأنه (محدق)، وهذا ما يسمى عند الشراح: (بحلول الخطر)[2]، أي أن يكون الخطر الملجئ للفعل المحظور حالاً، وهذا الشرط محل اتفاق عند الفقهاء وفي القانون اليمني.

ب – أن ما اشترطه الفقهاء للأخذ بمقتضى الضرورة في أن لا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى إلا مخالفة الأوامر والنواهي الشرعيَّة، موجود في القانون المدني اليمني، ومذكرته الإيضاحية، وموجود أيضًا في المادة رقم (٣٦) آنفة الذكر من قانون الجرائم والعقوبات اليمني، التي ذكرت بأن من شرط الخطر الجسيم المستلزم الدفع: أنه لم يكن في قدرته – أي الشخص – منعه بوسيلة أخرى"، وهذا الشرط هو الذي يطلق عليه الشراح: أن يكون الفعل لازمًا لاتقاء الخطر، بحيث يكون الفعل المحظور هو الوسيلة الوحيدة للنجاة من الخطر[3]، أي أن هناك اتفاقًا في الفقه الإسلامي وفي القانون اليمني في أنه يشترط للضرورة ألا يكون هناك وسيلة لدفعها إلا مخالفة الأوامر والنواهي.

---

(١) انظر في كل ذلك: [شرح الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي ،٣٤١-٣٤٥].

(٢) السابق، نفس الجزء، ٣٤٤.

(٣) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

ج – أن ما اشترطه الفقهاء للأخذ بمقتضى الضرورة من أن يكون تناول المحرم بقدر الضرورة، موجود في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني اليمني، وهذا الشرط يسمى عند فقهاء القانون: (التناسب)[١]، وهذا منصوص عليه صراحة في المادة رقم (٣٦) آنفة الذكر من قانون الجرائم والعقوبات، وعبارتها: "ويشترط أن يكون الفعل متناسبًا مع الخطر المراد اتقاؤه..."، أي بأن يكون الفعل المحظور هو أقل الأفعال المحظورة التي تندفع الضرورة بها، و هذا يعني الاتفاق على هذا الشرط في الفقه والقانون اليمني.

د – أنّ ما اشترطه الفقهاء للأخذ بمقتضى الضرورة من أن تكون الضرورة أشد من المحظور، بحيث يكون ارتكاب المحظور أخف من وجود الضرر، هو شرط منصوص عليه أيضًا في المادة رقم (٣٦) من قانون الجرائم والعقوبات، وعبارتها: "... من ارتكب فعلاً ألجأته إليه ضرورة وقاية نفسه، أو غيره، أو ماله، أو مال غيره، من خطر جسيم..."، وهذا الشرط يسمى: جسامة الخطر[٢]، بمعنى: أن الخطر الجسيم هو الخطر المنذر بضرر بليغ لا يمكن إصلاحه، وأن إصلاحه أمر عسير جدًا، وهذا يعني أن هناك اتفاقا في الفقه الإسلامي والقانون اليمني حول اشتراط كون الضرورة أشد من المحظور، وأنّ الخطر المبيح للمحظور من شرطه أن يكون خطرًا جسيمًا لا يندفع إلا بارتكاب المحظور.

وأخيرًا: فإن القانون اليمني قد نص على انتفاء مسئولية المدافع عن الضرر الذي يحدثه في المعتدي وهو في حالة دفاع شرعي، فقد نصّت المادة رقم (٣٠٧) من القانون المدني على أن: "من أحدث ضررًا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه، أو عرضه، أو ماله، أو عن نفس الغير، أو عرضه، أو ماله، كان غير

---

(١) شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ ١: النظرية العامة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٣٤٤.

(٢) السابق، ٣٤٣.

مسئول عن تعويض هذا الضرر، على أن لا يجاوز القدر الضروري، فإذا جاوز القدر الضروري ألزم بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة"، فهذا النصّ صريح في أنه إذا ترتب على الدفاع الشرعي ضررٌ بالمعتدي فإنّ الشخص المدافع لا يكون ملزمًا بالتعويض ما دام في حالة دفاع شرعي، بشرط أن لا يكون متجاوزًا للحد الذي يندفع به المعتدي؛ فإنْ تجاوز فإنه يكون ملزمًا بالتعويض وفقًا لما تراه المحكمة، بحسب ما يثبت أمامها، لأنّ المضرور في الدفاع الشرعي يعتبر معتديًا، وليس له أي تعويض، كما أن الدفاع الشرعي يعتبر فعلاً مباحًا بالنسبة للمعتدى عليه[1].

كما أكدت المادة رقم (١٧) من نفس القانون على انعدام المسئولية على من استعمل حقه استعمالا مشروعًا، فقد جاء فيها: "من استعمل حقه استعمالا مشروعًا لا يكون مسئولاً عمّا ينشأ عن ذلك من ضرر"، وقد اعتبر الدفاع الشرعي حقًا مشروعًا لا يترتب على من قام به وأحدث ضررًا بالغير مسئولية[2].

كما أن القانون المدني اليمني قد ذكر أنه إذا ترتب على دفع الضرر الأكبر إضرارٌ بحق الغير، فإن هذا الدفع يُلغي الضمان (التعويض) وهذا ما ذكرته المادة رقم (٣٠٩) من نفس القانون، حيث نصّت على أنّ: "من سبب ضررًا للغير ليتفادى به ضررًا أكبر محدقًا به، أو بغيره، لا يكون ملزمًا إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبًا"، فهذا النصّ لا يعفي الشخص الذي يزيل ضرره المحدق به بالإضرار بغيره من التعويض، ولكنّ بشرط أن يكون الضرر المحدق به أكبر من الضرر الذي يُلحقه بالغير، فالمضطر الذي سيموت من الجوع له أكل مال غيره وإن كان في ذلك إضرار بالغير، ولكن خطر الموت جوعًا لا يمكن تفاديه إلاّ بإتلاف المضطر لطعام غيره ليسد به جوعه، فهذه حالة ضرورة، والمضطر في حالة ضرر أكبر من ضرر

---

(١) شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ ١: النظرية العامة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٣٤٧.

(٢) شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص: جرائم الاعتداء على الأشخاص، د. علي حسن الشرفي، ٨٣.

إتلاف مال غيره، لأن وقاية النفس أعظم من المال، ولذلك فإن إضراره بمال الغير لا يعفيه من التعويض.

ومن خلال هذا يتضح أن القانون اليمني يفرق بين حالة الدفاع الشرعي وبين حالة الضرورة في الضمان، ففي حالة الدفاع الشرعي لا يكون المدافع ملزمًا بضمان ما أتلفه على المعتدي، بشرط عدم تجاوز القدر الضروري، وفي حالة الضرورة يكون المضطر ملزمًا بتعويض المضرور إذا أقدم المضطر على إلحاق الضرر بغيره ليتفادى به ضررًا أكبر محدقًا به، كضرورة وقاية نفسه بإتلاف مال الغير.

المبحث الثالث

أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة في رفع الضرر والتيسير في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني

من الأمثلة التطبيقية التي يمكن من خلالها التعرف على الأخذ بمقاصد التشريع برفع الضرر والتيسير في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني ما يلي: –

أولاً: التطبيق في الخِطبة

نصت المادة الثانية من قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني – المعدلة بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة – على أنّ: "الخطبة هي التقدم من الراغب أو من يقوم عنه إلى وَلي المرأة لطلب التزوج بها...".

وبتطبيق قواعد مقاصد الشريعة الإسلامية التي تقتضي التيسير ورفع الحرج عن الناس على هذا النصّ يمكن القول: إن القانون اليمني سكت عن أمر النظر إلى المخطوبة، وترك هذا الأمر لتحكيم العادات والأعراف، ولكنّ لمَّا كان القانون المدني قد نص في مادته الثالثة على رفع الحرج على الناس والتيسير في معاملاتهم، بالقول: بأنّ "الشريعة الإسلامية مَبْنِيَّة على رعاية مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم، والتيسير في معاملاتهم وعدم تكليفهم بما يشق عليهم ويوقعهم في الضيق والحرج..." فإنه – وانطلاقًا من هذا النصّ الواضح في التيسير ورفع الحرج عن الناس – يمكن القول: إن في اشتراط نظر كلّ خاطب إلى مخطوبته مشقة على أوليائها، فناسب هذه المشقة التيسير بعدم اشتراطه، وهذا مظهر من مظاهر التيسير والتخفيف، ولذلك يَجوز العقد على المرأة بدون النظر إليها، لِما في اشتراط النظر من المشقة التي لا يحتملها كثير من الناس في بناتهم وأخواتهم من نظر كل خاطب[1]

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٨، ٨٩؛ المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، ١/٣٦٧؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، ط٢، وزارة الأوقاف، بقطر، ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م، ٤٢٦ – ٤٢٧.

ثانيا: التطبيق في إباحة تعدد الزوجات إلى أربع

نصت الفقرتان: الأولى، والثانية، من المادة رقم (١٢) من قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني – المعدلة بالقانون المذكور رقمه وتاريخه آنفًا ـــ على أنه: "يجوز للرجل تعدد الزوجات إلى أربع مع تحقق ما يلي: (١) القدرة على العدل وإلا فواحدة، (٢) أن يكون للزوج القدرة على الإعالة".

فهذا النَّصّ يُظهر أن القانون اليمني يبيح للرجل تعدد الزوجات إلى أربع، ويمكن أن نلمح مظهر التيسير ورفع الحرج في هذا النَّصّ من خلال ما ورد فيه: من أن جواز تعدد الزوجات إلى أربع مقيد بالقدرة على العدل بينهن، أما عند عدم تحقق ذلك فإن الزوج يقتصر على الزواج بواحدة، وفي هذا تخفيف على الرجال من الإقدام على التعدد مع عدم القدرة على العدل، كما أن في اكتفاء الزوج بالتزوج بواحدة عند عدم القدرة على إعالة أكثر من زوجة هو مظهر آخر من مظاهر التيسير، وهذا يتمثل في التخفيف على الزوج من تحمل مؤنة الإنفاق والإعالة لأكثر من زوجة مع عدم القدرة[1]، وهذا التخفيف والتيسير مقرر في الشريعة الإسلامية، إذ يقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾[2]، وذلك خوفًا على الأزواج من الوقوع في مظان الجور على زوجاتهم، فللزوجة حقوق على الزوج بمقتضى عقد النكاح يجب على الزوج القيام بها – كالإنفاق، وغيره – فإن شاركها غيرها وجب عليه العدل بينهن، ومع هذا فإنه لا يستطيع العدل ولو حرص كل الحرص، ولهذا قال تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[3]، كما أنه قد ورد في سبب نزول هذه الآية ما يدل على التخفيف على الرجال في الاقتصار بالتزوج بواحدة عند الخوف من عدم العدل

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٩؛ قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١/٧٥؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٦٠؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢/٦٣.

(٢) من الآية ٣ من سورة النساء.

(٣) من الآية ٣ من سورة النساء.

بينها وبين غيرها إذا أراد الزواج بأخرى، فقد ورد في ذلك: أنّ الرجال "كانوا يتحرجون عن أموال اليتامى، ويترخصون في النساء، ويتزوجون ما شاءوا، فربما عدلوا، وربما لم يعدلوا، فلما سألوا عن آية اليتامى، فنزلت آية اليتامى ﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ ﴾[1] الآية، أنزل الله تعالى أيضًا ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ ﴾[2] الآية، يقول: كما خفتم أن لا تقسطوا في اليتامى فكذلك فخافوا في النساء أن لا تعدلوا فيهن، فلا تتزوجوا أكثر ما يمكنكم القيام بحقهن، لأن النساء كاليتامى في الضعف والعجز".[3]

كما أن في إباحة الزواج للرجل بأكثر من واحدة عند تحقيق العدل والقدرة على القيام بحقهن تيسيرًا على الأزواج، من جهة أن بعضهم قد يميل إلى ذلك لأن زوجته الأولى لا تصلح له ولا توافقه فأباح له الشرع غيرها[4]، ولأن من الناس من يغلب عليه سلطان الشهوة، فلا تندفع حاجته بزوجة واحدة، فأباح له الشرع ثانية، وثالثة، ورابعة.

ولاشك في أنّ الشارع حينما أباح للرجل أن يتزوج إلى أربع زوجات، ولم يبح للمرأة أن تتزوّج بأكثر من زوج واحد، فإنما ذلك رحمة من الله بخلقه وإحسانه عليهم ورعاية لمصالحهم وتخفيفٌ عليهم من الوقوع في مشاقّ الضغائن والأحقاد، إذ لو أبيح للمرأة أن تكون عند زوجينْ فأكثر لفسد حال الناس، ولضاعت الأنساب، ولقتل الأزواج بعضهم بعضًا، ولَمَا استقام حال المرأة وفيها شركاء متشاكسون.

ثالثًا: التطبيق في الولاية في الزواج

من الأمور المتعلّقة بالولاية في النكاح: مسألة انتقال الولاية، وقد جاء موقف القانون اليمنيّ صريحًا في انتقال الولاية في تزويج المرأة من الوليّ الأقرب –

---

(١) سورة النساء: من الآية ٢.

(٢) سورة النساء: من الآية ٣.

(٣) أسباب النزول، للواحدي، ١٠٥.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٩؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٦٠؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢/٦٣.

إذا امتنع من تزويجها بكفء، ومهر المثل، إلى من يليه من الأولياء – فقد نصَّت الفقرة الثانية من المادة رقم (١٨) من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقانون المذكور رقمه وتاريخه آنفًا – على أنه: "إذا عضل ولي المرأة أمره القاضي بتزويجها، فإن امتنع أمر القاضي من يليه من الأولياء – الأقرب فالأقرب – بتزويجها، فإن فقدوا أو عضلوا زَوَّجَها القاضي بكفء ومهر مثلها"، فهذا النصّ يتضح منه موقف القانون اليمني من إزالة الضرر عن المرأة إذا امتنع وليها من تزويجها بكفء ومهر مثلها، وهذا الامتناع هو العضل[1]، وهذا الموقف قد تَدَرَّجَ فيه القانون اليمني، فهو لم يراع إزالة الضرر عن المرأة فحسب، بل راعى حق وليها، بأن شرط الكفاءة في الزواج، كما أن القانون اليمني حينما أعطى القاضي سلطة رفع الضرر عن المرأة عند امتناع وليها بتزويجها من كفء ومهر المثل فإنه قد تدرج في هذه السلطة بما يتناسب مع رفع الضرر، حيث أعطى القاضي سلطة الأمر للولي بالتزويج، فإن امتنع الولي الأقرب عن تنفيذ أمر القاضي، كان للقاضي سلطة أكبر تمتد إلى الأولياء الآخرين، وذلك بأن يأمرهم الأقرب فالأقرب بالقيام بالتزويج فإن امتنعوا – أو فُقدوا، أو عُدموا – كان للقاضي سلطة القيام بالتزويج بنفسه، فيقوم برفع الضرر عن المرأة بتوليه عقد نكاحها بكفء ومهر مثل، إلا أن على القاضي في كلّ هذه الأحوال أن يتأكد من أن الولي ممتنع عن تزويج من تحت ولايته بغير عذر – كأن يكون الزوج كفوًا، ويكون الزواج بمهر المثل ـــ وهذا مفهوم من نص المادة رقم (١٩) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة اليمني، التي نصَّت على ذلك بقولها: "يعتبر الولي عاضلاً إذا امتنع عن تزويج المرأة وهي بالغة، عاقلة، راضية، من كفؤ، إلا أن يكون ذلك منه تريثًا للتعرف على حال الخاطب...".

ويلاحظ أنّ سلطة انتقال الولاية في النكاح إلى القاضي محصورة في نطاق

---

(١) تحرير التنبيه، للنووي، ٢٧٨.

ضيق، هو نطاق امتناع الأولياء من تزويج من تحت ولايتهم من النساء، والعلّة في ذلك: هي أن سبب الولايات قائم على أساس شفقة الولي لمن هو تحت ولايته، والنظر في مصالحه، والبعد عن التقصير والخيانة(١).

ومن أوجه دفع الضرر بوجود الولي في النكاح ما يلي: –

١ – أنّ المقدم في ولاية إنكاح المرأة هو أبوها، لأنه أكمل نظرًا لمصالحها وأشد شفقة عليها من غيره(٢).

٢ – أنّ تسليط الولي في تزويج الصغيرة محتاج إليه، لتحصيل الزوج الكفء؛ خيفة من فوات ذلك، واستقبالاً للصلاح المنتظر في المآل، فإن هذا ممّا تدعو إليه الحاجة(٣)

٣ – أن في اعتبار الولي في النكاح مراعاة للمروءة، وصيانة للمرأة عن مباشرة العقد، لكونه مشعرًا بتوقانها نفسها إلى الرجال، فلا يليق ذلك بالمروءة، وفي اعتبار الولي حملٌ للخلق على أحسن المناهج(٤)

٤ – أنه إذا امتنع الولي الأقرب في النكاح من تزويج من له عليها ولاية – بأن منعها النكاح من زوج كفء، راضية به، وبمهر مثلها – فإن الولاية تنتقل إلى غيره ممن هو أبعد منه، فيقوم الولي الأبعد بتزويجها، أو يقوم الحاكم مقام الولي في التزويج(٥)، والوجه في انتقال الولاية إلى الولي الأبعد أو إلى الحاكم في التزويج: هو العذر المتمثل في عدم قيام الولي الأقرب بإنكاح موليته، مع كفاءة الزوج، ومهر المثل، وفي هذا إضرار بالمرأة، ودفعًا لهذا الضرر انتقلت الولاية إلى الولي الأبعد.

---

(١) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١/٥٥؛ الروض المربع، للبهوتي، شرح زاد المستقنع، للحجاوي، ٣٤٤

(٢) زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٣٤٤

(٣) روضة الناظر، لابن قدامة، ١/٤١٣.

(٤) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٥) زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٣٤٥؛ القواعد، لابن رجب، ٣٣.

٥ – أن في وجود الولي في النكاح دفعًا للمعرة على المرأة وعلى أهلها، لأن المرأة قد تضع نفسها في غير كفء، فيلحقها وأهلها المعرة بذلك، إذ الكفاءة يَرجع فيها إلى العرف، وطَبْع الولي في النكاح يمنعه من إدخال الضرر والعار على نفسه وموليته في النكاح[١]، ولأن العار في عدم الكفاءة يمتد إلى الأسرة والأولياء جميعًا، أي: أنه كما يزال الضرر عن المرأة بقيام الولي الأبعد أو الحاكم في تزويجها عند امتناع الولي الأقرب عن ذلك، مع كفاءة الزوج، ورضاها، وصحة المهر، فإن الضرر يزال أيضًا عن الولي، وأسرته، بعدم تزويج المرأة بغير كفء، فلو زَوّج الأب ابنته العفيفة بفاجر – مثلاً – لَلَحِقَهُ وجميع الأولياء العار من ذلك[٢]

رابعًا: التطبيق في نفقات الزوجات وسكناهن والعدل بينهن.

نصت الفقرات: الأولى، والثانية، والثالثة، من المادة رقم (٤١) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة اليمني على أنه: "يجب على الزوج لزوجته ما يلي: (١) إعداد سكن شرعي ممَّا يليق مثله من مثله، (٢) نفقة وكسوة مثلها من مثله، (٣) العدل بينها وبين سائر زوجاته إذا كان للزوج أكثر من زوجة".

وبتطبيق قواعد مقاصد الشريعة – والتي منها: "لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ" – على هذا النص – يمكن القول: إن في إيجاب النفقات والكسوات والسكنى على الأزواج لزوجاتهن، وفي إيجاب العدل بَيْنَهُنَّ رفعًا للضَّرر عنهنَّ، كما أن في ذلك رفعًا للضرر عنِ الأزواج، من حيث عدم تقدير كل ذلك وتركه بحسب العرف، وبحسب إيسار الأزواج وإعسارهم، وقد سبق ذكر حديث هند[٣] الذي يعتبر دليلاً على وجوب نفقة الزوجة والأولاد على الزوج، وأن الواجب هو الكفاية من غير تقدير

---

(١) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١/٥٥.

(٢) زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٣٤٦.

(٣) الحديث سبق تخريجه ص٦١٩ من هذا البحث.

للنفقة(١)، ورفعًا للضرر عن المرأة من عدم إنفاق الزوج عليها في بعض الحالات – كما إذ لم يقم بكفاية زوجته، بأن غاب، ولم يدع لها نفقة، أو امتنع عن الإنفاق عليها أو عن كسوتها أو عن بعض ذلك، فإن لها أن تأخذ من ماله كفايتها وكفاية ولدها، إن كان له ولد، بلا إذن منه. هذا إن قدرت على الأخذ من ماله(٢)، ففي حديث هند دليل على أن "للأم ولاية في الإنفاق على أولادها مع تمرد الأب"(٣)، أما إن لم تقدر الزوجة على أخذ نفقتها من مال زوجها فإنّ لها أن ترفع الأمر إلى القاضي لإلزام الزوج بالإنفاق، فيأمر القاضي الزوج بذلك، ويجبره على الإنفاق عند الامتناع(٤).

ويلاحظ هنا أن سلطة القاضي في إجبار الزوج الممتنع عن الإنفاق على زوجته تتسع ليدخل فيها: الإجبار بالحبس(٥)؛ لأن الحبس في هذه الحالة وإن كان فيه ضرر على الزوج إلا أنه ضرر أخف من ضرر الامتناع عن الإنفاق الذي قد يؤدي إلى الهلاك، والضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف، فإذا امتنع الزوج عن الإنفاق وأخفى ماله وغيبه فللزوجة أن تطلب من القاضي فسخ نكاحها من زوجها، لتعذر الإنفاق، ولتضررها من عدم الإنفاق، وقد قال النبي ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»(٦) فهذا الحديث ممّا استدلّ به على فسخ الزوجية عند إعسار الزوج بالنفقة، إذ النفقة في مقابل الاستمتاع، ولأنه ليس من واجبات المرأة كسب المال للزوج، ولهذا وجب للزوجة خيار الفسخ(٧).

---

(١) سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٣/١١٦١-١١٦٢.

(٢) زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٤١٧؛ سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٣/١١٦٢، ١١٧٢.

(٣) سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٣/١١٦١-١١٦٢.

(٤) الروض المربع، للبهوتي، ٤١٧؛ سبل السلام، للصنعاني، ٣/١١٧٢.

(٥) الروض المربع، للبهوتي، ٤١٧.

(٦) الحديث سبق تخريجه ص١٢١ من هذا البحث

(٧) سبل السلام للصنعاني، ٣/١١٧٠. وإذا رفعت الزوجة أمر زوجها إلى القاضي، بأن طلبت منه إلزام زوجها بالإنفاق، أو أن يطلق عن الزوج، فإنه لابد من ثبوت تمنع الزوج وإعساره، فإذا

ومن أوجه الضرر التي تلحق المرأة من عدم الإنفاق ما يلي: –

١- أن الضرر الواقع من عدم الإنفاق على الزوجة يمتد إلى نفسها، وصحتها، فكان من المناسب دفع ضرر الهلاك أو المرض بإلزام الزوج بنفقة زوجته وكسوتها وسكناها، ففي الإنفاق ضرورة حفظ النفس ودفع الحاجات(١).

٢- أن ترك المرأة بغير إنفاق قد يؤدي إلى قيام المرأة باكتساب المال، وإيجاد السكن، وغير ذلك، والغالب في النساء عدم القدرة على ذلك، لأن ذلك لا يليق بأحوالهن، وإنما يليق بحال الرجال(٢).

٣- أن ترك المرأة بغير إنفاق أو سكن يتنافى مع قوله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾(٣)، فأي إمساك بمعروف مع عدم الإنفاق على الزوجات، وأي ضرر أشد من تركهن بغير نفقات؟!

ودفعًا للضرر عن الزوجة فإن التأكيد على وجوب النفقة على الزوج قد ورد صريحًا في القانون اليمني، حيث نصَّت على ذلك المادة رقم (١٥٠) من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٢م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة – بقولها: "تجب النفقة على الزوجة كيف كانت على زوجها كيف كان من وقت العقد إن

ثبت ذلك فإن القاضي يجبره على الإنفاق، أو على الطلاق، أو يقوم القاضي بفسخ النكاح، فإن فسخ القاضي النكاح، فهو فسخ لا طلاق، ولا رجعة للزوج، وإن أيسر الزوج في العدة، فإن طلق كان طلاقا رجعيا له فيه رجعة. [السابق،٣/١١٧٢].

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم،٩٦؛ قواعد الأحكام، لابن عبد السلام، ٥١/١؛ زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٣٠٧.

(٢) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ٥٥/١.

(٣) من الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

شرطت، وإلا فمن تاريخ الزفاف..."، فهذه المادة بيّنت أن النفقة واجبة على الزوج لزوجته.

وأما حكم التمرد عن الإنفاق، فقد نصّت عليه المادة رقم (١٥٤) من قانون الأحوال الشخصيّة رقم (٢٠) لسنة١٩٩٢م، بقولها: "إذا تمرد الزوج عن الإنفاق على زوجته، أو غاب، وثبت أنه لا ينفق عليها، قرر لها القاضي نفقة من مال زوجها..."، فهذه المادة بينت أن الزوجة إذا طلبت من القاضي إلزام الزوج بالنفقة عليها لتمرده، أو غيابه، فإن القاضي يستجيب لطلبها، ويقرر نفقتها من مال زوجها، إذا أثبت عدم الإنفاق.

كما أن القانون اليمني قد أشار إلى أن للمرأة استيفاء حقها في النفقة من مال الزوج الموسر المتمرد عن الإنفاق إن قدرت على ذلك، فإن تعذر عليها ذلك فإن لها طلب الفسخ، وهو ما نصّت عليه المادة رقم (٥٠) من نفس القانون بقولها: "للزوجة المتمرد عن الإنفاق في حالة اليسار، الفسخ، إذا تعذر استيفاء حقها في النفقة منه، أو من ماله"، فعبارة: "استيفاء حقها في النفقة منه، أو من ماله" تدل بإشارتها على أن إيسار الزوج سبب لاستيفاء الزوجة حقها في النفقة من ماله إن قدرت عليه.

وهكذا فإن هذه النصوص القانونية جميعها تؤكد أن القانون اليمني يرمي من وراء وجوب إنفاق الزوج على زوجته إلى إزالة الضرر عنها، ولكنه اتّبع في إزالة هذا الضرر عن الزوجة عدة وسائل، فللمرأة الأخذ من مال الزوج قدر كفايتها، وولدها من النفقة والكسوة عند امتناعه، ولها رفع الأمر إلى القاضي ليقدر لها النفقة، ولها طلب الفسخ من القاضي لتعذر استيفاء النفقة، والغرض من هذا كله هو إزالة الضرر عن الزوجة.

ومن مظاهر دفع الضرر عن الزوجة: عدم إشراك غيرها في السكنى، إذا كان في ذلك إضرار بها، ولذلك فإن لها الحق في منع الزوج من مشاركة غيرها في السكنى، فلها أن تنفرد ببيت صالح، أو بجزء من البيت، كما أنه ليس للزوج – إذا كان له أكثر من زوجة – أن يجمع زوجتيه، (أو زوجاته) في مسكن واحد بغير رضاهما (أو رضاهن) لما في ذلك من ضرر على الزوجات، لما بينهن من الغيرة،

ولانّ اجتماعهن قد يثير الخصومة[1].

وقد أخذ القانون اليمني بدفع الضرر، حيث اشترط في مسكن الزوجية: أن لا يكون فيه مضارة عليها، وذلك بأن يكون المسكن آمنًا ومستقلاً، وأن لا يقوم الزوج بإسكان أحد يضر بالزوجة، وهذا ما ذكرته المادة رقم (٤٢) من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة بقولها – : "(١) يشترط في المسكن الشرعي: أن يكون مستقلاً، تأمن فيه الزوجة على نفسها ومالها، ويعتبر في ذلك حال الزوج، ومسكن أمثاله، وعرف البلد، وعدم مضارة الزوجة، وللزوج أن يُسكِنَ مع زوجته أولاده منها ومن غيرها – ولو كانوا بالغين – وأبويه، ومحارمه من النساء، إذا كان إسكانهم واجبًا عليه، بشرط اتساع المسكن لسكناهم، وعدم مضارة الزوجة... (٢) لا يحق للزوج أن يسكن مع زوجته ضُرّة لها في مسكن واحد إلا إذا رضيتا بذلك، ويحق لها العدول متى شاءت"، فهذا النصّ يوضح بجلاء أن على الزوج عدم مضارة زوجته، وأن عليه عدم إضرارها، فلا يُسكن معها من يضرها، إذا كان له أكثر من زوجة، لأن عليه عدم إضرارهن، فلا يسكن إحداهن مع غيرها من الزوجات إلا إذا رضين بذلك، لما في اجتماعهن من مفاسد النزاع والشقاق والتنافر، فالقانون اليمني قد دفع هذه المفاسد والأضرار عن الزوجة بالقضاء على بعض أسبابه، وهو أن للزوجة أن تمنع زوجها من أن يُسْكن معها من يضرها، كما أنّ القانون اليمني قد دفع الضرر عن المرأة بالاشتراط على الزوج أن يوفر لزوجته مسكنًا، مستقلاً، تأمن فيه على نفسها، ومالها، إذ النفس، والمال، من الأمور الضرورية التي يلزم الحفاظ عليها.

خامسًا: التطبيق في الطلاق

نصت المادة رقم (٤٣) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة، على أن الطلاق من الأمور التي ينتهي بها الزواج، وذلك بقولها: "ينتهي الزواج بالفسخ، أو بالطلاق، أو بالموت"، كما نصَّت

---

(١) الروض المربع، للبهوتي، وشرحه: زاد المستقنع، للحجاوي، ٣٦٥

المادة رقم (٥٩) من نفس القانون على عدد الطلقات بقولها: "يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات تتجدد بدخول زوج آخر بها دخولاً حقيقياً".

وبتطبيق هذين النصين الصريحين في مشروعية الطلاق، وعدده، على قواعد مقاصد الشريعة التي تقتضي رفع الضرر، والتيسير على الناس، يمكن القول: بأنّ في إباحة الطلاق وقصره على ثلاث طلقات رفع ضرر عن الزوجين، فللزوج أنْ يطلّق زوجته، لأنه قد يلحقه ضرر منها، لسوء أخلاقها، مثلاً، فيلجأ الزوج لدفع هذا الضرر بالطلاق للخلاص منها، لأنه لو أُلزم بإمساكها مع عدم حصول المودة والأنس لعظم الضرر به، إذ المبتغى من عقد النكاح هو الألفة؛ لمَا في استدامة النكاح بينهما عند عدم المودة والأنس من الشقاق والتنافر، ففي الطلاق إزالة ضرر عن الزوجين معًا[1].

وفي تقييد الطلاق بثلاث مرات رفع ضرر عن الزوجين معًا أيضًا، إذ لو كان الطلاق مقصورًا على مرة واحدة لتضرر الرجل بذلك، فالندم يلحق المطلّق في كثير من الأحيان[2]، ولو لم يجوّز الشرع الطلاق من غير حصر لعظم الإضرار بالنساء بتكرار الطلاق دون حد؛ وقد ورد في سبب نزول قوله تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾[3]: أنه "كان الرجل إذا طلق امرأته، ثم ارتجعها قبل أن تنقضي عدتها، كان ذلك له وإن طلقها ألف مرة، فعمد رجل إلى امرأة له فطلقها ثم أمهلها، حتى إذا شارفت انقضاء عدتها ارتجعها ثم طلقها، وقال: والله لا آويك إليّ ولا تحلين أبدًا، فأنزل الله عز وجل: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ ﴾"[4]، ولعدم تكرار الإضرار بالمرأة وأذيتها حرّم الشرع المطلقة ثلاثًا على

---

(١) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١٦٤/١، ١٦٥؛ زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٣٧٢.
(٢) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١٦٥/١
(٣) من الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.
(٤) أسباب النزول، للواحدي، ٥٥

من طلقها، وفي هذا زجر له عنها[١]، فالزوج إذا علم انه إذا طلق زوجته وصار أمرها بيدها، وأن لها أن تنكح زوجًا غيره، كان تمسكه بها أشد، وحذره من مفارقتها أعظم، كما أن في الطلاق تخفيفًا وتيسيرًا على الزوجين معًا، لما في بقاء الزوجية حال وجود النفور والكراهية بينهما من المشقة[٢]

سادسًا: التطبيق في فسخ النكاح

نصت المادة رقم (٤٣) المذكورة في البند السابق من قانون الأحوال الشخصيّة اليمني على أن الفسخ من الأمور التي ينتهي بها الزواج، وذلك بقولها: "ينتهي الزواج بالفسخ، أو بالطلاق، أو بالموت".

وبتطبيق هذا النصّ على قواعد مقاصد الشريعة التي تقتضي رفع الضرر والتيسير على الناس، يمكن القول: بأن في اختيار المرأة لفسخ عقد نكاحها من زوجها عند قيام سببه، دفع ضرر عنها، لعدم تمكنها من الطلاق – الذي هو حل عقد النكاح من قبل الزوج ــ وهذا هو الأصل – إلا أن هذا ينقلب إلى المرأة لسبب يقتضيه، إذ الفسخ: "قلب كل واحد من العوضين إلى صاحبه"[٣].

ومن أسباب الفسخ على سبيل التمثيل لا الحصر ما يلي: –

١– امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته، أو إعساره بالنفقة، فهذا سبب من أسباب فسخ الزوجة للنكاح، لِمَا في المقام على ذلك من الإضرار بها، لحاجتها إلى النفقة، ولما قد يؤدي إليه عدم الإنفاق عليها من موتها أو مرضها وضعفها وإرهاقها، وكل هذه الأمور تضر بها، ولذلك كان لها دفع الضرر بالحق في طلب الفسخ من

(١) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١/١٢٦.
(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٩؛ المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، ١/٣٦٧؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٦١.
(٣) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/١٦٩

القاضي؛ لأن الفسخ موضع اجتهاد يفتقر إليه[1].

وقد قرر القانون اليمني حق المرأة في الفسخ عند امتناع الزوج عن الإنفاق مع يساره، وعند إعساره، فبالنسبة لحقها في طلب فسخ نكاحها من زوجها عند امتناعه عن الإنفاق مع يساره فالأمر واضح من خلال المادة رقم (٥٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م، بشأن الأحوال الشخصيَّة، التي نصَّت على أن: "لزوجة المتمرد عن الإنفاق في حالة اليسار الفسخ إذا تعذر استيفاء حقها في النفقة منه أو من ماله"، فهذه المادة قررت حق المرأة في طلب الفسخ عند عدم إنفاق الزوج مع يساره، وعند تعذر استيفاء الزوجة لحقها في النفقة منه أو من ماله.

وأما بالنسبة لحق الزوجة في طلب الفسخ من زوجها عند إعساره بالنفقة: فهو واضح من المادة رقم (٥١) من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة – التي نصَّت على ذلك بقولها: " لزوجة المعسر عن الإنفاق المتمرد عن الكسب – وهو قادر عليه، أو العاجز عنه – الفسخ، إذا امتنع عن الطلاق"، فهذه المادة قررت حق المرأة في طلب الفسخ عند إعسار الزوج عن الإنفاق لتمرده، أو لعجزه عن القيام بذلك إذا امتنع عن الطلاق.

ومع أن هاتين المادتين لم تصرحا بسبب الفسخ عند عدم الإنفاق على الزوجة، إلاَّ أن هذا السبب واضح، وهو الضرر الذي يقع عليها في هذه الحالة، فإذا لم يكن من سبيل إلى رفع هذا الضرر إلا بطلب الفسخ، كان لها ذلك.

٢- الإيلاء: وهو "الامتناع باليمين من وطء الزوجة"[2]، هو سبب من أسباب طلب المرأة لفسخ نكاحها من زوجها[3]، وصورته: أن يحلف الزوج – وهو ممكن للوطء

(١) بداية المجتهد، لابن رشد، ٤٢/٢؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١٦٩/٢؛ زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، ٤١٧.

(٢) سبل السلام، للصنعاني، ١٠١/٣.

(٣) المنثور في القواعد، للزركشي، ١٦٩/٢؛ القواعد، للعلائي، ٣٧٨/٢؛ القواعد، للحصني، ٣٣٥/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٦٨/١؛ القواعد، لابن رجب، ٣٢؛ زاد المستقنع،

– يمينًا بالله تعالى، أو صفته – كالرحمن الرحيم – على ترك وطء زوجته في قبلها أبدًا، أو أكثر من أربعة أشهر، فإذا قال ذلك، فإنه يعتبر مولٍ، تُضرب له مدة الإيلاء، فإن مضت أربعة أشهر من يمينه ووطء زوجته ولو بتغييب حشفته فقد فاء[1]، أي رجع عن إيلائه؛ لأن الفيئة هي الرجوع[2]، فإن لم يفء بوطء زوجته فإن الحاكم يأمره بالطلاق إن طلبت ذلك[3]، فإن أبى ذلك قام الحاكم مقامه في الطلاق، أو في فسخ النكاح عنه[4]، لحكمة تشريعية هي دفع الضرر الداخل على الزوجة بسبب الإيلاء، يدل على ذلك سبب نزول قوله تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾[5]، وهذا هو الأصل في الإيلاء، فإن هذه الآية نزلت لإبطال ما كان عليه الناس في الجاهلية من إطالة مدة الإيلاء، فقد كان الرجل يولي من امرأته سنة وسنتين وأكثر، فأبطل الله تعالى ذلك، وأمهل المولي أربعة أشهر، فإما أن يفيء، أو يطلق، وفي هذا يقول ابن عباس: "كان إيلاء أهل الجاهلية السنة، والسنتين، وأكثر من ذلك، فوقّت الله أربعة أشهر، فمن كان إيلاؤه أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء"[6]، ووجه الضرر في إيلاء أهل الجاهلية أنه: "كان الرجل لا يريد المرأة، ولا يحب أن يتزوجها غيره، فيحلف أن لا يقربها أبدًا، وكان يتركها كذلك، لا أيمًا، ولا

للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٣٩٤، ٣٩٥؛ سبل السلام، للصنعاني، ٣/١١٠٢، ١١٠٤.

(١) زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي،٣٩٤

(٢) سبل السلام، للصنعاني، ٣/١١٠٣

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٩؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٦١؛ زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٣٩٤.

(٤) القواعد، لابن رجب، ٣٢؛ زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٣٩٤، ٣٩٥.

(٥) من الآية ٢٢٦ من سورة البقرة.

(٦) أسباب النزول، للواحدي، ٥٤ ـــ ٥٥.

ذات بعل – أي ولا ذات زوج – فجعل الله تعالى الأجل الذي يُعلم به ما عند الرجل في المرأة أربعة أشهر، وأنزل الله تعالى ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾الآية[1].

وقد ذكر القانون اليمني حكم الإيلاء في المادة رقم (١٠٥) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م من الميلاد بشأن الأحوال الشخصيَّة وتعديلاته، حيث نصَّت على أن: "للزوجة تربص أربعة أشهر من وقت الإيلاء، فإنْ لم يرجع الزوج فللزوجة طلبُ التطليق عند القاضي، فإذا استعد للفيء حدد القاضي مدة مناسبة، فإن لم يفء طلقها عليه"، فالقانون اليمني تدرج في أحكام الإيلاء، من حيث أثره على انحلال عقد النكاح، وهذا التدرج هدفه عدم الإضرار بالزوج وبالزوجة معًا، فكون الزوجة تتربص أربعة أشهر من وقت الإيلاء فيه عدم إضرار بالزوج، وفيه إعطاء مهلة مناسبة من الوقت لكي يرجع إلى وطء زوجته، إذ في تطليق القاضي لزوجة المولي لمجرد الإيلاء ضرر على الزوج، وفي طلب الزوجة التطليق من القاضي إذا تربصت أربعة أشهر – إن لم يرجع الزوج إلى وطئها – سبيل لرفع الضرر عنها، لما في ذلك من سوء العشرة عليها.

وفي عدم تطليق القاضي المرأة عن الزوج بمجرد طلبها منه ذلك هو وجه آخر لدفع الضرر عن الزوج، حيث يُفهم من نص المادة المذكورة سابقًا أن القاضي يعرض على الزوج الرجوع إلى وطء زوجته، فإن استعد لذلك حدّد له القاضي مدة مناسبة، وفي هذا إعطاء مهلة أخرى للزوج لعلَّه يرجع إلى وطء زوجته، وإذا لم تُجْدِ كلّ هذه الوسائل فإن للقاضي أن يطلق الزوجة عن الزوج، لأن هذه وسيلة يمكن بها دفع الضرر عن الزوجة، ومن غير المعقول أن يستمر الزوج بالتلاعب بمشاعر زوجته بعد تعذر رجوعه إلى وطئها، وبذلك يكون موقف القانون اليمني موافقًا لما ذهب إليه الفقهاء، كما أن في طلاق الحاكم عن الزوج عند تعذر رجوع الزوج إلى وطء زوجته تطبيقًا عمليًا واضحًا لقاعدة إزالة الضرر، ولكن مضمون حكم القاضي

---

(١) أسباب النزول، للواحدي ،٥٥.

بالطلاق للضرر هو أن تثبت الزوجة وقوع الضرر عليها، وأن يكون هذا الضرر المُثبت من نوع لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثال الزوجين، مع مراعاة اختلاف البيئات، والثقافات، والمفاهيم الاجتماعيّة للأوساط المختلفة[1]، لأن ما تتضرر منه زوجة من طبقة وبيئة وثقافة معينة قد لا تتضرر منه زوجة أخرى من طبقة وبيئة وثقافة أخرى مختلفة.

ولا تقتصر شرعية خيار الفسخ عند قيام سببه على دفع ضرر عن الزوجة، بل فيه أيضًا تخفيف وتيسير عليها، لما في صبرها على الحالة المقتضية لشرعية خيار الفسخ – من عدم الإنفاق، وعند إيلاء الزوج – من المشقة، فناسب تلك المشقة شرعية خيار الفسخ، حين لم يجعل الشارع الطلاق بيدها[2]

سابعًا: التطبيق في الخلع

عَرف القانون اليمني الخلع بأنه: فرقة بين الزوجين مقابل عوض من الزوجة، وهذا ما نصَّت عليه المادة رقم (٧٢) من قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني – المعدلة بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة – بقولها:"الخلع هو فرقة بين الزوجين، في مقابل عوض من الزوجة أو من غيرها، مالاً، أو منفعة، ولو كان مجهولاً"،فهذا النصّ قد عرّف الخلع، وما يجب على الزوجة فيه من دفع عوض، ولكن أسباب الخلع لم تُذكر في هذا النص، ويبدو أن في هذا إشارة إلى أنه قد توجد أسباب تكره الزوجة زوجها لأجلها، ولكنها لا تريد الإفصاح عنها، إلا أن الواضح من هذا النص: أن القانون اليمني قد جعل الخلع من سبل دفع الضرر عن المرأة عند كراهيتها لزوجها، وهذا تطبيق لقواعد مقاصد الشريعة، التي منها: رفع الضرر، والتيسير على الناس.

---

(١) دراسات في الأحوال الشخصيّة، د. محمد بلتاجي، ٥٣، هامش رقم(١)

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٩؛ المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، ٣٦٨/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٦١/١.

والخلع في الاصطلاح الشرعي يتفق في معناه مع القانون اليمني، إذ هو في الاصطلاح الشرعي: "فراق الزوجة على مال"[1]، وهذا المال يكون عوضًا، وسمي الخلع بذلك لأن المرأة تخلع نفسها من الزوج كما تخلع اللباس[2] والخلع مشروع للحاجة إليه، كما إذا كرهت المرأة خُلق زوجها، أو خافت إثما بترك حقه، أو كرهت خَلق زوجها - وهو صورته الظاهرة[3] - لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِۦ﴾[4]

ووجه دفع الضرر عن المرأة بإباحة الخلع: هو عدم استقامة حياتها مع زوجها، لما في بقائها معه من الإضرار بها عند كراهيتها له، وأما التخفيف والتيسير في الخلع: فهو أنه شُرِّع للمرأة الافتداء عند امتناع الزوج عن طلاقها، لإساءة عشرتها، لما في ذلك من المشقة عليها ببقائها معه مع سوء العشرة، فخفف الشارع عنها المشقة بشرعية الخلع[5].

ثامنًا: التطبيق في الرجعة

نصت المادة رقم (٧٥) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصية على أنه: "تتم الرجعة بالقول ولو هازلًا، أو بالفعل، غير مشروطة بوقت، أو بغيره، وتصح بغير رضا الزوجة، وأوليائها"، وقد سبق ذكر المادة رقم (٥٩) من نفس القانون، التي نصت على أنه: "يملك الزوج على زوجته ثلاث طلقات، تتجدد بدخول زوج آخر بها دخولًا حقيقيًا".

---

(١) سبل السلام، للصنعاني، ٣/١٠٧١.

(٢) الروض المربع، للبهوتي، ٣٦٨.

(٣) زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٣٦٨.

(٤) من الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

(٥) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٩؛ المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، ١/ ٣٦٧-٣٦٨؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٦١.

وبتطبيق هذين النصين على قواعد مقاصد الشريعة من إزالة الضرر عن الناس، يمكن القول: بأنّ في إقرار الرجعة – فيما دون الطلاق ثلاثًا – دفع ضرر عن الزوجين، ومصلحة لهما، لأن الزوج قد تتوق نفسه إلى زوجته وله فيها رغبة، ولأنه لا يؤمن على الإنسان نزغات الشيطان، ومراعاة لذلك كله كان له حق إرجاع زوجته فيما دون الطلاق ثلاثًا، كما أن الزوجة قد تكون ذاقت من مرارة الطلاق وخراب البيت ما يمنعها من معاودة غضب الزوج، ويذوق هو من ألم فراقها ما يمنعه من التسرع إلى الطلاق، فإذا طلق زوجته ثلاثًا، لم يبق له عليها من سبيل، إذ قد انقضت حاجته بطلاقها المرة الأولى والثانية.

ولَمَّا كان الطلاق يقع – غالبًا – بغتة في الخصام والقلق، ويشق على الزوج الاستمرار في الطلاق، فإن مراجعة الزوج زوجته في زمن العدة في تطليقتين فيها تداركٌ للزوج لما لَحِقه من الحرج والمشقة، ولكن الرجعة لم تُشْرَع للرجل دائمًا، لما في ذلك من المشقة على الزوجة والإضرار بها[1]، ولذلك قال تعالى: ﴿ ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ ﴾[2].

تاسعًا: التطبيق في المواريث

نصت المادة رقم (٣٠٢) من نفس القانون على أنه: "يتعلق بتركة الميت حقوق أربعة مقدم بعضها على بعض: (أ) إخراج مؤن التجهيز من الموت إلى الدفن، ونفقة معتدة (ب) قضاء ما ثبت عليه من دين (ج) تنفيذ ما يصح من الوصايا، (د) تقسيم الباقي بين الورثة".

وبتطبيق قواعد مقاصد الشريعة الإسلامية على هذا النص، يمكن القول:

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٩؛ المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، ١/ ٣٦٧؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٦١

(٢) من الآية ٢٢٩ من سورة البقرة.

بأنّ في إخراج هذه الحقوق من تركة الميت تخفيفًا عليه، فالميت – مثلاً – لمّا كان يحتاج إلى تجهيزه؛ من تغسيل، وتكفين، ودفن، وغير ذلك، كان من المناسب أن تبقى التركة في ملكه حُكمًا حتى تُقضى هذه الأمور، كما أن زوجاته بحاجة إلى الإنفاق – إن كان له زوجات – وقد يكون عليه ديون، ورفعًا للضرر عن الزوجات، وعن الدائنين، وعن الميت، كان من المناسب أن تبقى التركة في ملكه حكمًا، رحمة به وشفقة عليه بقضاء حوائجه وما عليه[1].

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٩؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٦٠

المبحث الرابع

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة في رفع الضرر والتيسير في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني

من خلال ما سبق عرضه لقواعد مقاصد التشريع وبعض تطبيقاتها في قانون الأحوال الشخصيَّة، يمكن استخلاص بعض أوجه الإفادة في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني، ومنها ما يلي:ـــ

أولاً: أن هذه القواعد تفيد في فهم القانون وسلامة تطبيقه

وتوضيح ذلك: أن القاضي – وهو بصدد تطبيق القانون – لا بُدّ له من فهمه أولاً، غير أنه لمَّا كانت بعض نصوص القانون قد ترد في نصوص مقتضبة، ممَّا قد لا يسهل فهم القانون، فإن القاضي يستعين على فهم ما قد يعسر عليه فهمه من نصوص القانون بالمقصد من تشريع ذلك القانون – أو تلك المادة التي يريد تطبيقها على الواقعة المنظورة أمامه – ومما يساعده في الوقوف على ذلك: الرجوع إلى المذكرات الإيضاحية، لأن كثيرًا من الوقائع التي تحدث ربما لا تتناولها عبارات النصوص القانونية، ولكن تمس الحاجة إلى معرفة أحكام تلك الوقائع، والهادي في هذا هو معرفة مقصد الشارع، "ولهذا يُعْنَى رجال السلطة التشريعيَّة في الحكومات الحاضرة بوضع المذكرات التفسيرية التي تبيِّن المقصد من تشريع القانون بوجه عام، وتبيِّن المقصد الخاص من كل مادة من مواده، وهذه المذكرات التفسيرية وجميع البحوث والمناقشات التي تبودلت أثناء تحضير القانون وتشريعه هي عون رجال القضاء على فهم القانون وتطبيقه بنصوصه وروحه ومعقوله"[1].

---

(١) علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، ١٩٨

ثانيًا: أن هذه القواعد تفيد في تفسير القاضي للعبارات الواسعة في نصوص القانون

وتوضيح ذلك: أنه إذا كان على القاضي أنْ يستصحب أنَّ قصد المشرع في القانون مطابق للمقاصد الشرعيَّة دائمًا، فإنَّ عليه أن ينظر إلى العبارات الواسعة في القانون، كعبارة: "مهر المثل"، وعبارة: "أجر المثل"، وما شابه ذلك على أنها من العبارات التقديرية المرنة التي يترك للمحكمة تقدير مداها ومضمونها[1]، وفقًا للمقاصد الشرعيَّة، فمثلاً، إذا وُجد في القانون نص يوجب على المحكمة أن تمنح من رفعت ضده الدعوى فرصة معقولة للإجابة على الدعوى، فإن الفرصة المعقولة، أو المدة المعقولة من الكلمات التي تمتلك المحكمة بشأنها سلطة تقديرية واسعة، وتستطيع أن تُحكِّم الشريعة الإسلامية بشأنها، من حيث إنَّ من أصولها: أنه **"لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ"**، فيجب ألا يترتب على الفرصة المعقولة التي تقرر المحكمة مداها أي ضرر بالطرف الآخر[2]، فمعرفة مقاصد الشريعة العامَّة أمر ضروري لفهم النصوص على الوجه الصحيح، ولاستنباط الأحكام من أدلتها على وجه مقبول، فلا يكفي أنْ يعرف القاضي وجوه دلالات الألفاظ على المعاني، بل لابُدَّ له من معرفة أسرار التشريع والأغراض العامَّة التي قصدها الشارع من تشريعه الأحكام المختلفة، حتى يستطيع أن يفهم النصوص ويفسِّرها تفسيرًا سليمًا، ويستنبط الأحكام في ضوء هذه المقاصد التي لم يضعها الشارع اعتباطًا، وإنما قصد بها تحقيق مقاصد عامة، ولأنَّ دلالة الألفاظ والعبارات على المعاني قد تحتمل أكثر من وجه، والذي يرجح واحدًا من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف على قصد الشارع، وفي هذا يقول

---

(١) شرح قانون أصول الأحكام القضائية الإسلامي السوداني، الصادر بالقانون رقم(٣٥) لسنة ١٩٨٣، د. محمد شتا أبو سعيد، راجعه: فضيلة الشيخ: إبراهيم محمد أبو سعد، من علماء الأزهر الشريف، ط١، رمضان، ١٤٠٤هـ ـ مايو، ١٩٨٤م، موجود بمكتبة كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة، برقم(٩٤١١٠) و٢٥٧,٥٦٢٤/م ح ش، ص٣٨.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

الأستاذ/ عبد القادر عودة: "وضع علماء الأصول بعض القواعد التشريعيَّة التي يجب الإلمام بها ومراعاتها على كل من يتعرض لتفسير النُصوص التشريعيَّة، وقد استمدوا هذه القواعد من استقراء الأحكام ومن المبادئ العامَّة للشريعة وروح التشريع، حيث تبيَّن لهم أن الشارع أراد من الشريعة أن يحقق مقاصد عامة... فإذا راعى القاضي أو الفقيه هذه الاعتبارات كان له أن يجتهد في معرفة الأحكام ما لم يكن هناك نص صريح"[(١)].

ولمَّا كانت المقاصد العامَّة في الشريعة الإسلامية بتحقق مصالح العباد، وهي مقاصد ضرورية، وحاجيَّة، وتحسينية، فإن العلم بمقاصد الشريعة يتيح للقاضي المجتهد القدرة على معرفة طبيعة أحكام الله، والوقوف بالتالي على الحكم الذي يريده الله سبحانه وتعالى، والقاضي المسلم يجب عليه أن يراعي إعطاء الأولويَّة للضروريات، ثم الحاجيات، ثم التحسينات، وذلك عند محاولة ترجيح الأحكام أو عند تعارض الدلالات[(٢)].

كما أن فهم القاضي للقواعد المقاصديَّة التشريعيَّة يفيده في فهم الحكم وتحديده وتطبيقه، لأنه لا يكفي الفقيه المجتهد والقاضي المجتهد الاهتمام بالألفاظ والمباني وظواهر النُصوص والأحكام دون النظر في المعاني والأسرار والحكم، أي أنّ من فوائد المقاصد التشريعيَّة: التوفيق بين الأخذ بظاهر النص، وبين الالتفات إلى روحه ومدلوله، على وجه لا يخل فيه المعنى بالنص، ولا النصّ بالمعنى، فالشريعة لا تناقض في أحكامها[(٣)]، ومن هنا فإن دراسة المقاصد تفيد في فهم مدلول النُصوص

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي،١/ ٢٠٢.

(٢) شرح قانون أصول الأحكام القضائية الإسلامي السوداني، د. محمد شتا أبو سعد، ٤١.

(٣) الاجتهاد المقاصدي(حجيته، ضوابطه، مجالاته) د. نور الدين الخادمي، كتاب الأمة، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بقطر، العدد(٦٥)، السنة(١٨) ط ١، ١٤١٩ هـ ـ ١٩٩٨م، ٥٩/١.

القانونية دون الاكتفاء بالأخذ بظواهرها، ممَّا يؤدي إلى التطبيق السليم لتلك النصوص، والتقليل من اختلاف الأحكام القضائية في درجاتها المختلفة.

وإذا كان فهم المقاصد يقوم على عدم الوقوف على ظواهر النصوص دون إدراك معانيها وعللها باعتبار أن الألفاظ لم توضع إلاّ للتعبير عن هذه المعاني، فإنه قد يدل النصّ على مبدأ فقهي مقاصدي يمكن تطبيقه على مالا يحصى من الحوادث، فالعبرة للمعاني والألفاظ، لا للألفاظ وحدها.

ولا يقتصر أثر فهم القاضي لقواعد المقاصد التشريعيَّة في مساعدته على التطبيق الصحيح لنصوص القانون؛ بل إنّ فهمه للقواعد المقاصديَّة يساعده في إزالة ما قد يقع من تعارض بين تلك النصوص، لأنه "قد يعود سبب التعارض بين النصوص إلى وجود تعارض بين العلل والحِكَم والمقاصد نفسها، فيفزع عندئذ إلى الترجيح بين تلك العلل والحكم والمقاصد بغرض الخروج من تعارض النصوص، فيقدِّم المجتهد ما ينبغي تقديمه؛ كتقديم العلة المنصوص عليها على التي لم ينص عليها"[1]، كما أن فهم المقاصد يعتبر من الأمور المساعدة على الترجيح بين البيِّنات عند التعارض، فقد يستأنس القاضي بمراعاة مقصد أو حكمة تبينت له للخروج من التعارض الذي لا مخرج منه سوى الاعتماد على تلك الحكمة والتعويل عليها لما بَدَا له مقبولاً.

ثالثًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في التدرج في إجراءات التقاضي

إن التدرج في إجراءات التقاضي من الأسهل إلى الأشد يتفق مع مقاصد الشريعة الإسلامية، لما في ذلك من التيسيرعلى المتقاضين ودفع الضرر عنهم، فمباشرة القاضي للإجراء الأشد مع وجود الإجراء الأسهل قد تؤدي إلى الإضرار بمن يتخذ ضده مثل هذا الإجراء الأشد، ومن أمثلة ذلك: أن قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م نصَّ في مادته

(١) الاجتهاد المقاصدي(حجيته، ضوابطه، مجالاته) د. نور الدين الخادمي ، ٧٧/١.

رقم (٢٧٠) على أنه: "إذا رُفع إلى المحكمة أنه يُخشى من تصرف الوصي في أموال القاصر الضرر، وقامت قرائن على ذلك، توقف تصرف الوصي على إذن المحكمة، أما إذا ثبت الضرر بطلت وصايته، وعينت المحكمة منصوبا، (وصيًا) بدله"، فتطبيق القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة تفرض على القاضي التدرج في تطبيق ما شمله هذا النص، لأن هذا النصّ اشتمل على ثلاثة من الإجراءات هي: توقف تصرف الوصي على إذن المحكمة، وإبطال وصاية الوصي، وتعيين القاضي وصيًا محل الوصي الأول؛ ولهذا فإن القاضي إذا انتقل إلى الإجراء الثاني والثالث دون استخدام الإجراء الأول لأضرَّ بالوصي دون ثبوت إضراره بأموال القاصر، وفي هذا الإضرار مخالفة لقواعد الشريعة والعدالة التي تقتضي أنه: "لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ"، لذلك يجب على القاضي التدرج في الإجراءات، بحيث يُبقي تصرف الوصي متوقفًا على إذن المحكمة إذا وجدت قرائن تدل على خشية إضراره بمال القاصر، أما إذا ثبت إضراره فإن للقاضي إبطال وصايته، حرصًا على القاصر، ويترتب على هذا الإبطال إجراء آخر، هو تعيين القاضي لوصي آخر بدلاً من الوصي الذي بطلت وصايته، لما في هذا الإجراء من الحفاظ على مال ذلك القاصر.

رابعًا: أن هذه القواعد تفيد في تطبيق القاضي للنصوص القانونية المتعلّقة بإشرافه على عمل الأولياء والأوصياء تطبيقًا سليمًا.

الولاية تعني: "أن يكون للمتصرف سلطة شرعية على النفس، أو على المال، يترتب عليها نفاذ التصرف فيها شرعًا"[1]، وأساسها: الحرص على مصلحة من هو تحت ولاية غيره، فولاية الأب على الصغير، وولاية القاضي في عمله، وولاية الوصي المستمدة من الموصي، وولاية الوكيل المستمدة من الموكل نفسه، كلها ولايات تقوم على أساس المقاصد التشريعيَّة من دفع الضرر عمَّن هم تحت الولاية، فأساس الولاية على الصغير مثلاً هي المحافظة عليه لعجزه عن إدراك وجه

(١) المدخل للفقه الإسلامي، لمحمد سلام مدكور، ٣٤٥.

المصلحة في تصرفاته، وهذا العجز مشقة يناسبها وجود ولي له يعرف وجه المصلحة، وكذلك الشأن في الوصي، والوكيل.

وقد تضمن القانون اليمني كثيرًا من النصوص المتعلقة بالولايات، وجعل للقاضي سلطة في الإشراف على الأولياء، لإقرار تصرفاتهم على وجه المصلحة لمن هم تحت الولاية، وعزلهم عند عدم تحقيق ذلك، ومن تلك النصوص في قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني – على سبيل المثال لا الحصر –: ما نصَّت عليه المادة رقم (٢٧٢) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة: من "أنه إذا رأى القاضي من الوصي ما يهدد مصلحة القاصر، أو رأى عند محاسبته خيانة، كان عليه عزله وتعيين منصوب (وصي) غيره"، والحكمة من تقرير هذا: هي المحافظة على مصلحة القاصر ودفع الضرر عنه.

ولا شك أن معرفة القاضي للقواعد المقاصديَّة التشريعيَّة يفيده في تطبيق هذا النصّ تطبيقًا سليمًا، لأن الولايات تقوم على مصلحة المولى عليهم، ولذلك لا يقدّم القاضي ولا يقر في الولايات على القصار، والمجانين، وأموال اليتامى، والغائبين، والأوقاف، والوصايا، إلا من هم أقوم بحفظ تلك المصالح، فقاعدة الشريعة الإسلامية في هذا هي: "**أن المقدَّم في كل موطن من مواطن الشريعة مَن هو أقوم بمصالح ذلك الموطن، فيقدَّم في الحروب من هو أعلم بمكايد الحروب وسياسة الجيوش، وفي القضاء من هو أعلم بالتفطن بحجاج الخصوم، ولأمانة الحكم من هو أعلم بتنمية الأموال وضبطها وأحوال اليتامى في مصالحها**"[1]، وأن: "**لكل عمل رجال، فيقدَّم في كل ولاية الأقوم بمصالحها**"[2].

وأساس إشراف القاضي على ذوي الولايات هو أن النظر في الوصايا وأموال اليتامى والغيَّب من أعمال القضاة، وعلى القاضي أن يقوم بالنظر في كل ذلك

---

(١) شرح تنقيح الفصول، للقرافي، ٤٤٣.
(٢) القواعد، للمقري، ٤٢٧/٢.

بأحسن نظر ويجعلها بين يدي الثقات[1]، لأن القاضي نائب عن الإمام في الحفاظ على مصالح الرعية، "**وتصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة**"[2]، بل إنه نقل عن الإمام الشافعي قوله: "**منزلة الوالي من الرعية منزلة الولي من اليتيم**"[3]، والرعية: هم عموم الناس الذين هم تحت ولاية الوالي[4]، وإذا كان منطوق القاعدة يشعر بأن نطاقها منحصر في شخص الإمام بما معه من ولاية عامة إلا أنه لا يستطيع القيام بكل شئون الرعية بمفرده، لكثرة مسئولياته، ولانشغاله بأمور الدولة الكبرى، لذا لزم أن يقيم عنه نوابًا يقومون مقامه؛ كالولاة، والقضاة، وغيرهم، فيقومون بالإنابة عنه في تحقيق مصالح الرعية، كلٌّ في نطاق ما أنيب فيه، ومن هنا فإن هذه القاعدة يدخل فيها: القضاة، وغيرهم، لأنهم يستمدون ولايتهم من الإمام ويقومون مقامه[5]، وهذا مضبوط بقاعدة هي: "**تصرف القاضي فيما له فعله في أموال اليتامى، والتركات، والأوقاف، مقيد بالمصلحة العامّة، فإن لم يكن مبنيًا عليها لم يصح**"[6]، ولذلك فإنّ العبرة في تصرفات الإمام، والقضاة، وكلّ والٍ مقيدة بمصلحة الرعية[7]، إلا أن هذه المصلحة لا بد أن تكون موافقة للشرع[8]، ولا شك أن في إسناد القاضي بعض الولايات إلى بعض الأشخاص نوعًا من التيسير على القاضي نفسه، نتيجة لكثرة الخصومات، بل إن للقاضي أن يستنيب من يثق به ويبعثه

---

(١) مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ٣٥، ١٢٦

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٣٧؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١/١٨٣؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٢٦٩.

(٣) هذه عبارة الزركشي. [المنثور في القواعد، ١/١٨٣]. وعبارة السيوطي هي: "منزلة الإمام من الرعية منزلة الولي من اليتيم". [الأشباه والنظائر، ١/٢٦٩].

(٤) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٥١.

(٥) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ١١٦

(٦) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٣٩؛ درر الحكام، لعلي حيدر، ١/١٥.

(٧) المنثور في القواعد، للزركشي، ١/١٨٣

(٨) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٣٨

في قضية مخصوصة إلى بلدٍ ما لسماع بعض البيّنات[١]، كما أنّ في توكيل الشخص غيره لمباشرة بعض التصرفات نيابة عنه تخفيفًا وتيسيرًا على الموكّل، لأن الإنسان قد يعجز عن مباشرة بعض الأفعال بنفسه فيحتاج إلى التوكيل دفعًا لحاجته إليها، ولأن بعض التصرفات لا يعرفها كل أحد، فجاز لمن لا يعرفها توكيل من يعرفها[٢].

ومع أنّ للقاضي إسناد بعض الولايات إلى بعض الأشخاص، إلا أن مقاصد الشريعة الإسلامية تقتضي معرفة الأصلح من الناس للقيام بذلك، لأن هذا من باب أداء الأمانات إلى أهلها[٣]، كما أن قاعدة: "**السلطان وليّ من لا ولي له**"[٤] تقتضى أنْ يكون للقاضي - باعتباره من نواب الإمام - حق الاعتراض والتدخل في الشئون المتعلّقة بالولايات الخاصّة إذا لُحظ فيها تقصيرًا أو ضياعًا للمصلحة، فهو يملك حق الإشراف العام على سائر الولايات الخاصّة وله الحق في عزل الأوصياء والأولياء إذا ثبت خيانتهم أو ثبت عدم استهدافهم لحفظ مصالح وأموال من ولُوا عليهم[٥]، لأن "**الحكم بقطع الضرر واجب والقضاء به لازم**"[٦].

وتطبيقًا لقواعد مقاصد الشريعة التي تقتضي دفع الضرر عمّن هم تحت ولاية غيرهم، فإنه إذا أُسند للأولياء حفظ الأطفال، فإن هذا الحفظ يشتمل على: حفظ النفس، والدين، والعقل، والمال، والعرض، وعلى القاضي متابعة الأولياء في كيفية حفظ الأطفال، فيدخل في دائرة حفظ النفس: توفير كفايتها ممّا يحتاجه بدن الطفل؛ من طعام، وشراب، ولباس، ومسكن، ووقاية من الأمراض القاتلة والمخاطر التي تؤدي بالنفس إلى التلف، كالحريق، والغرق، والتسمم، وحوادث السيارات، والآلات،

---

(١) مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ٣١.
(٢) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود، ١٥٧/٢.
(٣) السياسة الشرعيّة، لابن تيمية، ٢٥.
(٤) مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ٣٦.
(٥) الفقه الإسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية، لمحمد شفيق العاني، ١٢٨؛ القواعد الفقهية بين الأصالة والتجديد، د. محمد بكر إسماعيل، ٣١٤، ٣١٥.
(٦) مذاهب الحكام في نوازل الأحكام، للقاضي عياض وولده محمد، ٩٠.

والكهرباء، والإشعاعات بأنواعها المختلفة، وعلاج ما يصيبه من أمراض وحوادث، وهذه كلها من الوسائل التي لا يتم حفظ النفس إلا بها، فتأخذ حكم المقصد الضروري، ويدخل في دائرة حفظ العقل: المحافظة على سلامة المخ، والحواس، والجهاز العصبي، واجتناب ما يؤدي إلى إتلافها من كلّ مسكر ومخدر، وعلاج ما قد يطرأ عليه من أمراض نفسية، وعصبية، وعقلية، ويدخل في ذلك أيضًا: المعارف، والمهارات اللازم اكتسابها، كي يقوم العقل بوظائفه لعمارة الأرض وكسب الرزق في نواحي التخصص المهني والحرفي، ويدخل في ذلك أيضًا: اجتناب السلوكيات المؤدية لتعطيل وظيفة العقل، كاتباع الهوى والعناد، والمكابرة، ممّا يتنافى مع التفكير العلمي، كما أن حفظ العقل يمتد إلى حفظه عن تأثير بعض وسائل الإعلام التي لا تعطي إلا ما تريد وتضييع الأوقات فيما يضر ولا ينفع[1]، ويدخل في دائرة حفظ الدين: اجتناب ما يهدم العقيدة، أو يضعفها، وإقامة شعائر العبادات المفروضة، والتخلق بأخلاق الإسلام الأساسية، كالصدق، والإخلاص، والأمانة، والوفاء بالأعمال، ويدخل في دائرة حفظ المال: الاعتدال في الإنفاق، واجتناب الترف، والإسراف، وحماية الأموال من الاعتداء عليها.

ومن أمثلة مقصد حفظ النفس بالنسبة للغذاء: أن الغذاء الضروري لحفظ الحياة يختلف من بيئة لأخرى، فلدى البدو يقوم التمر واللبن بالمقصود، وفي الريف تقوم كسرة الخبز وبعض أنواع الحبوب بالمقصود، ولكن مع تقدم المدنية وعلوم التغذية وجد أنه ينبغي توافر شروط معينة في الغذاء من حيث العناصر المتكاملة التي يحتاج إليها الجسم والقدر اللازم من كلّ هذه العناصر يوميًا لحياة الإنسان، وأنواع الأطعمة التي تحتوي على هذه العناصر بالقدر المطلوب، وهذه كلها مسائل يحددها المختصون في علوم التغذية، ويشكل هذا التحديد مرتبة الضروريات في الغذاء[2].

ومن أمثلة مقصد حفظ النفس بالنسبة للمسكن: أن المسكن الضروري في

---

(١) نحو تفعيل مقاصد الشريعة، د.جمال الدين عطية، ١٤٣، ١٦١.

(٢) السابق، ٨١، ٨٢.

عصرنا الحالي يختلف عمّا كان عليه الحال قبل ذلك، حيث كان يكفي لتوافره الكوخ أو الخيمة، ولكن مع تقدم المدنية صار الكوخ والخيمة في مرتبة ما دون الضروريات، لتحل محلها مساكن عشوائية ذات أبواب ونوافذ خالية من الخدمات، حيث تتكدس الأسرة في غرفة واحدة، وحيث يجلب الماء من مضخة عامة في الطريق أو في الحي، ويقضي الناس حوائجهم في الخرائب وعلى ضفاف الترع، وكان هذا ممثلاً المستوى الضروري، ليحتفظ بالمستوى الحاجي للمساكن المتمتعة بالماء والكهرباء، ومع التقدم الأكثر أصبحت هذه المساكن هي المستوى الضروري، وارتفع مستوى المسكن الحاجي ليشمل الثلاجة، وغسالة الملابس، والهاتف، بل والمصعد للشقق المرتفعة فوق مستوى معين، ويلاحظ أنه ليس المقصود هو تملك الشخص السكن بهذه المواصفات لأن نظام الإيجار يحقق المقصود، ولذلك فإن حفظ الطفل في مسكن قد يتحقق باستئجار مسكن يقيه من الحر والبرد المضرّين به[1].

ومن خلال هذا كله يتضح أن للقاضي الإفادة من قواعد مقاصد الشريعة في تحقيق مصلحة من هم تحت ولايته من الرعية، ويزداد هذا في حق الضعفاء كالقصار، حيث يجب عليه الحرص على مصالحهم، وذلك بمحاسبة الأولياء، وإقرارهم إن كانوا أمناء، أو إبدالهم بغيرهم إن كان فيهم خيانة.

ومن أمثلة الإفادة من قواعد التيسير ودفع الضرر في الأحوال الشخصيَّة: أن القاضي ليس له أن يزوج من لا ولي لها بغير كفء، ولو رضيت بذلك، لأن هذا التصرف ينافي المصلحة[2]،فمصلحة المرأة تتمثل في الكفء، خشية المعرة.

خامسًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في مرونة طرق البحث في حقيقة الدعاوى

ويتضح وجه الإفادة هذا من خلال هذا المثال: وهو أن القانون إذا أعطى القاضي كافة السبل للبحث عن حال من تطلب منه تزويجها عند ادعائها عدم الولي -وفقًا للمادة رقم (١٧) من قانون الأحوال الشخصيَّة اليمني- والمعدلة بموجب القرار

---

(١) نحو تفعيل مقاصد الشريعة، د.جمال الدين عطية ، ٨٠، ٨٤.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٣٩، ١٤١؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١/ ١٨٣؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/ ٢٧٠.

الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة – التي نصَّت على ذلك بقولها: "القاضي ولي من لا ولي له، وإذا ادعت امرأة مجهولة النسب بأن لا ولي لها مع عدم المنازع، صُدِّقت بعد بحث القاضي، والتأكيد بيمينها"، فهذا النصّ يقتضي تطبيقه فهم القاضي للقواعد المقاصديَّة التشريعيَّة، حيث يظهر من خلاله أن القانون اليمني أطلق للقاضي سلطة البحث عن حال المرأة إذا طلبت منه تزويجها وادعت عدم وجود الولي، ويهدف القانون بذلك إلى حماية الأنساب، وعدم تعدد الأزواج، وفي سبيل المحافظة على ذلك، ولعدم الإضرار بالمرأة بعدم تزويجها عند عدم وجود الولي، فإن للقاضي – وانطلاقًا من قواعد دفع الضرر – أن يتخذ كافة الوسائل لمعرفة حقيقة حال المرأة، ومن تلك الوسائل: سؤال عاقل القرية (أو الناحية، أو المدينة) عن حال المرأة، والإعلان عن ذلك في وسائل الإعلام؛ المرئية، والمسموعة، والمقروءة، بصورة مستعجلة.

كما أن فهم قواعد المقاصد يُعين القاضي على المعرفة العميقة لأسباب النزاع، لأنه يستطيع بالبحث والتدقيق معرفة الباعث على الدعوى، لأن المقاصد إذا كانت تتمثل إجمالا في جلب المصالح ودرء المفاسد، فإنها أيضًا وضعت لتحقيق سلامة القصود والنيات، وسلامة الأعمال والأقوال، لنفي التحايل والمغالطة والتلاعب بالعقود والتصرفات.

سادسًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في الاستناد إليها عند إصدار الأحكام القضائية عند عدم وجود نص قانوني في الوقائع المنظورة أمامه.

من المعلوم أن الوقائع التي ترفع أمام القضاء لا نهاية لها، وقد يكون هناك نص قانوني يتعلق بالواقعة المنظورة أمامه، وقد لا يكون، فإن لم يكن هناك نص قانوني يمكن تطبيقه في الواقعة المنظورة أمامه فإن ذلك لا يعني أن القاضي يقف عن الفصل فيها بحجة عدم وجود نص قانوني، لأنه منصوب للفصل في الخصومات لا للتوقف عن ذلك، ولذلك كان لا بد عليه أن يجتهد ويبحث عن الحل في القواعد

التشريعيَّة المقاصديَّة المقرَّرة لرفع الظلم ونفي الضرر والتيسير على الناس، وقد ورد في قانون الأحوال الشخصيَّة رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م ما يدل على ذلك، حيث نصَّت المادة رقم (٣٤٩) منه على أنَّ: "كل ما لم يرد به نص في هذا القانون يُعمل فيه بأقوى الأدلَّة الشرعيَّة"، كما أن المادة الأولى من القانون المدني ذكرت أنه إذ لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه لمعرفة حكم المعاملة، فإنه يجب الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية – المعبَّر عنها في القانون بمبادئ الشريعة الإسلامية – حيث نصَّت على ذلك بقولها: "يسري هذا القانون المأخوذ من أحكام الشريعة الإسلامية على جميع المعاملات والمسائل التي تتناولها نصوصه لفظًا ومعنى، فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يمكن تطبيقه، يرجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية المأخوذ منها هذا القانون..."، والرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية يقصد به: "الرجوع إلى المبادئ العامَّة المسلَّم بها في فقه هذه الشريعة، أي القواعد والأصول الكلية التي لا تختلف باختلاف المذاهب"[(١)]، ولذلك فإن للقاضي أن يحكم بموجب مبادئ الشريعة الإسلامية، بحسبانها قواعد يجب الأخذ بها، ليصل إلى الحق دائمًا[(٢)]، لأن مبادئ الشريعة تشتمل على العدل والحق، وقد قال تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ﴾[(٣)].

فالنص القانوني – سالف الذكر – يرشد القاضي إلى الاجتهاد في فهم الوقائع المنظورة أمامه – التي لم يصدر فيها نص قانوني، أو تفسير تشريعي، أو

---

(١) مبادئ القانون، د. محمد حسين عبد العال، ٢٠٠.

(٢) تطوير القانون الجنائي طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، د. محمد عبد الشافي إسماعيل، ١٧٠؛ مبادئ القانون، د. محمد حسين عبد العال، ٢٠٠؛ شرح قانون أصول الأحكام القضائية الإسلامي السوداني، د. محمد شتا أبو سعد، ٢٤٦،٢٩ ٢١٨؛ بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون – أصول القانون مقارنة بأصول الفقه – د. محمد عبد الجواد محمد، ١١٠؛ تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، د. سامي جمال الدين، ١٢٥،١٢٤.

(٣) من الآية ٥٨ من سورة النساء.

فقهي – من خلال الرجوع إلى القواعد الأصولية والفقهية، لأنه لا غنى عنها في فهم الوقائع وفي تفسير نصوص القانون، لأن مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر قواعد قانونية وفيها عنصر الإلزام الذي هو من عناصر القاعدة القانونية[1]، فالمسلم حاكمًا أو محكومًا لا يملك سوى احترام قواعد الشريعة الإسلامية، لأنّ كليهما يؤمن بأنها من عند الله، وهي لذلك ليست مجرد قواعد تنظم أمورهم وتحمي حقوقهم وتحقق مصالحهم، وإنما هي أيضًا واجبة الاتباع حتمًا، فالمسلم يشعر بأن احترامه لقواعد الشريعة الإسلامية هو جزء ممًا يدين به، وقد أشار الدكتور/ سامي جمال الدين إلى هذا بقوله: "وإذ تتجه غالبية الفقه من رجال القانون إلى أن من عناصر القاعدة القانونية أن تتوافر في شأنها عقيدة الإلزام، فإنه ممًا لاشك فيه أن هذا العنصر يتوافر في قواعد الشريعة الإسلامية بصورة أكثر قوة ووضوحًا من أي قانون أو شريعة أخرى على وجه الأرض، والعلة في ذلك ترجع إلى أن مصدر أحكام الشريعة هو الله جل شأنه، في حين أن مصدر أحكام القوانين غير المستمدة من الشريعة هم البشر الذين يتولون وضع هذه القوانين"[2]، وهكذا فإنَّ فهم القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة يفيد القاضي في حلّ النزاع عندما لا يجد نصًّا قانونيًّا في الواقعة المنظورة أمامه، لأن النصوص القانونية لا تشمل كل حادثة بعينها، فإذا بحث القاضي في المقاصد التشريعيَّة استطاع أن يصل من خلالها إلى تسبيب الحكم على أساس تلك المقاصد، لأن تلك المقاصد هي من صميم مبادئ الشريعة الإسلامية التي تؤكد صلاحيتها ودوامها وواقعيتها ومرونتها وقدرتها على التفاعل مع مختلف البيئات والظروف.

ولتوضيح أهمية معرفة المقاصد التشريعيَّة بالنسبة للقاضي نقول: إن القاضي وهو مكلف من المكلّفين باتباع أحكام الله تعالى بحاجة إلى تلك المقاصد، لأنه

---

(١) تطوير القانون الجنائي الإسلامي طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، د. محمد عبد الشافي إسماعيل، ٧٠؛ تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، د. سامي جمال الدين، ١٢٤، ١٢٥.

(٢) تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، د. سامي جمال الدين، ١٢٥.

إما أن يجد نصًا في الواقعة المنظورة أمامه، أو لا يجد نصًا فيها. وفي كلتا الحالتين لابد له من معرفة مقاصد الشريعة لتطبيق الأحكام من النصوص والقواعد والمبادئ على الوقائع، ولأن اجتهاده في الأمور التي ليست دلالتها واضحة إنما هو من قبيل اعتقاده أن ما ظهر له هو الأقرب إلى قصد الشارع، إلا أن حاجة القاضي إلى مقاصد الشريعة تزداد إذا لم يكن أمامه نصٌ في الواقعة المنظورة أمامه، فاحتياجه إلى معرفة مقاصد الشارع أظهر لأنها تدل على دوام أحكام الشريعة وعمومها[1].

ويلاحظ هنا أنه ليس كل مكلف بحاجة إلى معرفة مقاصد الشريعة، لأن معرفة مقاصد الشريعة: "نوع دقيق من أنواع العلم، فحق العامي أن يتلقى الشريعة بدون معرفة المقاصد، لأنه لا يحسن ضبطه ولا تنزيله..."[2]، وهكذا فإنه ينبغي للقاضي عدم إهمال المقاصد ولا الغفلة عنها عند تقرير الأحكام القضائية وعند تطبيق نصوص القانون.

سابعًا: أن هذه القواعد تفيد كمنهج عند تعديل بعض مواد القانون

من خلال النظر في بعض مواد قانون الأحوال الشخصيَّة اتضح للباحث وجود بعض المسائل التي تحتاج إلى مناقشة على ضوء القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة، كمسألة توثيق الزواج، ومسألة توثيق الطلاق، ولذلك فإننا سنعرض لنصوص المواد المتعلقة بهاتين المسألتين، ومناقشتها على ضوء القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة، لمعرفة مدى الحاجة إلى تعديل تلك النصوص، وفقًا لتلك القواعد، وذلك على النحو التالي:ـ

١- مسألة توثيق عقد الزواج في القانون اليمني، ومناقشتها على ضوء القواعد التشريعيَّة، والتعديل المقترح لذلك

نصت المادة رقم (١٤) من قانون الأحوال الشخصيَّة – المعدلة بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠)

---

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية، لمحمد الطاهر بن عاشور، ١٣،١٤؛ المقاصد العامة للشريعة الإسلامية، د. يوسف حامد العالم، ١٠٨.

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية، لمحمد الطاهر بن عاشور، ١٦.

لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيّة – على أنّ: "على من يتولى صيغة العقد، وعلى الزوج، وعلى ولي الزوجة، أن يقيدوا وثيقة عقد الزواج لدى الجهة المختصة في السجل المعد لذلك خلال شهر، وإذا قام أحد ممن تقدم ذكرهم بقيد الوثيقة كفى عن الآخرين، على أن تتضمن وثيقة عقد الزواج المعلومات اللازمة، مثل: سن الزوجين، وأرقام بطاقات الهوية إن وُجدت، ومقدار المهر المعجل منه والمؤجل"، فهذه المادة أوجبت توثيق عقد النكاح من حيث الكتابة، وهذا يتفق مع قواعد مقاصد الشريعة الإسلامية من دفع الضرر والتيسير على الناس، ففي هذا التوثيق مصلحة تتمثل في فوائده، والتي منها ما يلي: –

أ – قطع المنازعة بين طرفي العقد: فالوثيقة المكتوبة تصلح أن تكون وسيلة لإثبات الحقوق، فهي بمثابة حَكَم بين المتعاملين، يُرجع إليها عند المنازعة، وبهذا تسكن الفتنة، ولا يجحد أحدهما حق صاحبه مخافة أن تُبرز الحجة فيفتضح أمر الجاحد، ولولا أن الكتابة وسيلة لحفظ الحق وإثباته عند التناكر والتجاحد لما أمرت به الشريعة[1]، فقد أشار إليها القران الكريم في آية الدين، وهي قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ﴾[2].

ويظهر في النصّ القانوني السابق الإشارة إلى وجوب توثيق عقد النكاح بالكتابة الرسمية أمام موظف رسمي؛ لأن وثيقة الزواج الرسمية: هي "التي تصدر من موظف مختص بإصدارها بمقتضى وظيفته، كالقاضي، والمأذون في داخل الدولة، وكالقنصل بالنسبة للمقيمين في الخارج"[3].

ب – أن في التوثيق احتياطا وتحرزًا من العقود الفاسدة: لأن المتعاملَينِ قد لا يهتديان

---

(١) نظرات في الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، ٤٥٨،٤٥٩؛ أصول الإجراءات القضائية والتوثيقات الشرعيّة، للشيخ: محمد حسين أبو سردانة، ١١٧،١١٨.

(٢) من الآية ٢٨٢ من سورة البقرة.

(٣) في منهجية التقنين، د. محمد كمال الدين إمام، ٩٥.

إلى الأسباب المفسدة للعقد عند مباشرته بصفة مستمرة، فكاتب العقد يبيّن لهما ذلك، ويبتعد عن كل ما يخل بحجية الوثيقة.

ج – أن في التوثيق رفع ضرر عن المتعاملين، وذلك برفع الريبة، فقد يشتبه عليهما إذا طال الزمن مقدار البدل، ومقدار الآجل والعاجل، فإذا رجعا للحجة المكتوبة في حياتهما زالت الريبة، وكذلك بالنسبة لورثتهما بعد الوفاة، كما أن في توثيق العقود والتصرفات بالكتابة قطعًا لكثير من المنازعات، فقد تنشأ – على سبيل المثال – عن عدم تسجيل عقود الزواج مشكلات كثيرة، كادعاء الزوجية بطلانًا وزورًا، أو نفيها تهربًا من الحقوق المترتبة على هذا الزواج، وقد يكون مراد الزوج بنفيه الزواج نفي أولاده، وقد يكون السبب الاختلاف في مقدار المهر، أو اشتراط أحد الزوجين شروطًا يدعيها، والآخر ينكرها[1].

د – أن توثيق عقد الزواج فيه رفع حرج عن الناس، وذلك بمراعاة حاجاتهم التي تستلزمها حياتنا المعاصرة، كالاحتياج إلى وثائق الزواج في السفر، وإثبات الزواج.

ومع كل هذه الفوائد من توثيق عقد النكاح، إلا أن النّصّ القانوني – آنف الذكر – لا يتفق مع مقاصد الشريعة، من جهة أنه ساوى في مدة تسجيل عقد الزواج بين ساكني المدنية وساكني القرى والأرياف، فجعلها شهرًا واحدًا، وفي هذا مشقة على ساكني القرى والأرياف، وهم في الغالب بعيدون في المسافة عن مكان الجهة المختصة بتسجيل عقد النكاح، وكان الأولى بالقانون اليمني مراعاة الأعراف والعادات والبيئات في ذلك، تيسيرًا عليهم، وذلك بعدم مساواة ساكني المدن بغيرهم من ساكني الأرياف والقرى، ولذلك يرى الباحث: وجوب اقتصار التكليف بتوثيق عقد النكاح على متولي العقد، بحيث يقوم هو بذلك، سواء تم عقد النكاح في مدينة أو ريف، وبذلك يتساوى ساكنو المدن والريف، وبناءً عليه فإن الباحث يرى أيضًا أن

---

(١) أصول الإجراءات القضائية والتوثيقات الشرعيّة، للشيخ: محمد حسين أبو سردانة، ١١٩؛ الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيّة، د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، ١/٣٤.

النصّ القانوني المتعلق بتوثيق عقد النكاح يجب أن يعدّل على هذا الأساس، بحيث يصبح نصه: "على من يتولى صيغة العقد أن يقيد وثيقة عقد الزواج لدى الجهة المختصة في السجل المعد لذلك خلال شهر، إلا إذا كانت هناك حاجة ماسّة لأحد طرفي العقد لسرعة التوثيق فلهما ذلك، على أن تتضمن وثيقة عقد الزواج المعلومات اللازمة، مثل: أسماء الزوجين، ونسبهما إلى الجد، واسم العائلة، وألقابهما، ووظيفة كل منهما، وأرقام بطاقات الهوية – إن وجدت – ومقدار المهر المعجل منه والمؤجل، وأسماء الشهود، ومحل إقامتهم، ومحل إقامة الزوجين، وبيان جميع الشروط التي اتفق عليها الطرفان".

٢- مسألة توثيق الطلاق في القانون اليمني، ومناقشتها على ضوء القواعد المقاصديّة التشريعيّة، والتعديل المقترح لذلك.

نصت الفقرة (ب) من المادة رقم (٣٤٨) من قانون الأحوال الشخصيّة رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م على وجوب توثيق الزوج للطلاق، بقولها: "يجب على كلّ زوج طلّق زوجته أن يبلّغ الجهة المختصة بذلك خلال أسبوع من تاريخ وقوعه، وذلك تحت طائلة التعرض للعقوبات القانونية في حالة عدم الالتزام بذلك" (هكذا النص)، فهذا النّصّ قد أوجب على الزوج توثيق الطلاق، ويتّفق هذا مع القواعد المقاصديّة التشريعيّة، لأن بعض الأزواج قد يلجأون إلى إيقاع الطلاق في غيبة زوجاتهم، ويخفون عنهن خبره، وفي هذا إضرار بالمطلقات، وتعليق لهن بدون مبرر، ففي توثيق الطلاق معالجة لظاهرة إخفاء بعض الأزواج طلاق زوجاتهم عنهن واستخدام هذا الإخفاء فيما بعد وسيلة للإضرار بالزوجة وإسقاط حقوقها عند وقوع الخلاف، كما أن إخفاء الطلاق عن الزوجات من قبل الأزواج قد يؤدي إلى أمور محظورة شرعًا، كاستدامة العلاقة الزوجية بين الرجل ومطلقته، وإسقاط حقوق المرأة – كالميراث – إذا مات الرجل وأظهر بقية الورثة وثيقة الطلاق التي كان الزوج قد أخفاها، وفي هذا ضرر على المرأة، مع أنه من المقرر شرعًا: أنه "لاَ ضَرَرَ وَلاَ

ضِرَارَ"، لذلك فإن من حق ولي الأمر، بل من واجبه أن يعمل على سد ذريعة هذا الظلم بكل طريق ممكنة، وذلك بتشريع مناسب[1].

ويلاحظ في النّصّ القانوني السابق قصوره عن تحقيق مقاصد الشريعة من ناحيتين: -

الناحية الأولى: أن هذا النّصّ اكتفى بوجوب توثيق الزوج للطلاق، ولكنه لم يذكر إيجاب تبليغ الزوجة بالطلاق، مع أن إبلاغها بالطلاق يتفق مع مقاصد الشريعة، والتي منها: "**لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ**"، ولأجل دفع الضرر عن الزوجات فإنه لا يكتفى بتوثيق الطلاق رسميًا لدى الموثق مع احتفاظ الزوج بورقة الطلاق لديه، لأن الزوج قد يتظاهر للزوجة باستدامة الزوجية حتى إذا ما وقع خلاف بينه وبين زوجته أبرز الزوج سند الطلاق شاهرًا إياه في وجه الزوجة، محاولاً به إسقاط حقوقها[2].

الناحية الثانية: أن هذا النّصّ أهمل بشكل كلي إعلام الزوجة بإيقاع طلاقها، ولم يشر إلى أي من الطرق المعتبرة لعلمها، مع أن تلك الطرق لا تنحصر بكيفية معينة، فقد يتم إعلان الزوج لزوجته بطلاقها على يد محضر رسمي، أو يواجهها بصريح الطلاق، أو يطلقها غائبة ثم يعلمها بذلك برسول أو رسالة[3]، فكان على المشرع اليمني أن يراعي جانب رفع الضرر عن الزوجة بالنص على إيجاب إبلاغ الزوج لزوجته بالطلاق، وكان على المشرع أيضًا أن يراعي جانب التيسير والتخفيف على الزوج بالنص على أن على الزوج إعلام زوجته بطلاقه لها بأي طريق من الطرق المعتبرة؛ وبناءً على ذلك فإن النّصّ المقترح لوجوب توثيق الطلاق ينبغي أن يعدّل ليصبح نصه: "يجب على المطلّق أن يبادر إلى توثيق طلاقه لدى الموثق المختص فور إيقاعه له، كما يجب عليه أن يُعلم زوجته بوقوع طلاقها فور إيقاعه، بطريقة من

---

(١) دراسات في الأحوال الشخصية، د. محمد بلتاجي، ٢٧.

(٢) السابق، ٢٣.

(٣) السابق، ٢٧، ٢٨.

طرق العلم المعتبرة شرعًا – سواء وثقه أم لم يوثقه – وتترتب آثار الطلاق عليه بمجرد إيقاعه، إلا إذا ثبت أن الزوج قد أوقعه وتعمد إخفاءه عن الزوجة فإن آثار هذا الطلاق لا تترتب بالنسبة لها إلا من تاريخ علمها به"، فهذا النّصّ يبين ما يلي: –

أ- أن آثار الطلاق لا تترتب على عدم علم الزوجة به إلا إذا ثبت أن الزوج قد تعمد إخفاءه عن الزوجة، لأن خبر الطلاق قد يَخفى عن الزوجة دون أن يكون الزوج مسئولاً عن ذلك، حيث يمكن أن يَجهل المحل الحقيقي لإقامة الزوجة عند تطليقه لها، بأن تكون قد غادرت بيت الزوجية قبل الطلاق إلى مكان لا يعرفه الزوج، أو تكون قد أعلمته بمكان لا تنوي الإقامة فيه، أو عادت بيت أهلها بعد ترك بيت الزوجية وقبيل الطلاق[1].

ب- أن هذا النّصّ يراعي دفع الضرر عن الزوج أيضًا، فالنص على أن آثار الطلاق لا تترتب على عدم علم الزوجة به إلا إذا ثبت أن الزوج قد تعمد إخفاءه عن الزوجة فيه دفع ظلم عن الزوج، لأنه لو أُطلق القول بأن آثار الطلاق لا تترتب بالنسبة للزوجة إلا من تاريخ علمها به لأدى ذلك إلى ظلم كبير للزوج؛ لأنه قد لا يملك وسيلة لمعرفة محل إقامة الزوجة، وقد تكون هي التي أخفت عنه عمدًا محل إقامتها، وقد تظهر الزوجة بعد ذلك وبعد وفاة الزوج مطالبة بحقوقها كزوجة وارثة مثلاً، وهكذا فإنه ليس في إيجاب توثيق الطلاق فور إيقاع الزوج له أية مخالفة لأحكام الشريعة، بل إن فيه – على العكس من ذلك – ما يحفظ الحقوق الشرعيّة للزوج، وزوجته، وأبنائهما، وهو مطلب شرعي يجب على ولي الأمر أن يعمل على تحقيقه بكل سبيل، وهو فرع الفكرة العامّة التي أوجبت توثيق العقود والتصرفات التي يمكن أن تكون مجالاً للإنكار أو الادعاء أو اللبس، فتوثيق الطلاق يقصد منه حفظ الحقوق، ونفي احتمال الظلم والادعاء الباطل، ومن حق ولي الأمر في كل عصر أن يُوجِد التشريعات المناسبة التي تحمل الناس على أن يؤدوا الحقوق الشرعيّة بعضهم

---

(١) دراسات في الأحوال الشخصيّة، د. محمد بلتاجي ، ٣٥.

لبعض، وتحول بينهم وبين أن لا تضيع تلك الحقوق عند المطالبة بها وعند رفع الدعوى أمام القضاء، ولذلك لا مانع لولي الأمر أن يفرض عقوبات على من لم يوثق الطلاق، وهذا من باب العقوبات التعزيرية التي قد تكون بغرامات مالية مناسبة، أو غير ذلك من العقوبات التي تحمل الناس على الالتزام بذلك[1].

ثامنًا: أن هذه القواعد تفيد في تقليل الخلاف في الأحكام القضائية.

لمّا كانت قواعد مقاصد الشريعة تهدف إلى التيسير ورفع الحرج ورفع الضرر، فإن من المستحسن للقضاة الاطّلاع الواسع على كتب الفقه، للقدرة على معالجة القضايا بما يتفق وسماحة الشريعة، فهذا الاطّلاع المستمر من شأنه أن يقلل من الخلافات في الأحكام القضائية بين المحاكم الأعلى والأدنى، خصوصًا وأن القانون اليمني حينما نص على كثير من القواعد المقاصديَّة في مواد قانونية فإنه يكون قد جعل الاستناد إليها واجبًا عند تطبيق القانون؛ إلا أن النصّ عليها لا يكفي للقول بأن القاضي يستطيع أن يفيد منها إفادة واسعة، لذلك لابد له من فهمها فهمًا دقيقًا، من خلال الرجوع إلى معانيها، وأمثلتها، كما أن النصّ على بعض القواعد لا يغني عن الرجوع إلى بعض القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة الأخرى، لأن الشريعة الإسلامية المستمدة منها أحكام القانون اليمني شاملة لكافة المبادئ الكفيلة بإقامة حياة اجتماعيَّة راقية، مهما تعددت الأمكنة أو اختلفت الأزمنة، فالقواعد المقاصديَّة التشريعيَّة مرنة صالحة لكل زمان ومكان مهما تعددت الأوطان واختلفت الأزمان، ولهذا وجب على القاضي أن يهتدي بتلك القواعد إلى فهم الوقائع المنظورة أمامه، باعتبارها عونًا له في فهم التصرفات والعقود ومدى تأثرها بالأعراف والعادات والظروف؛ لأن الأعراف متضمنة للمصالح، ويستطيع القاضي من خلال الأعراف تقدير المصالح والأضرار، كما في اعتبار النفقات بحسب الأعراف، كي لا يلحق أيًا من الزوجين ضررٌ بتعيينها.

تاسعًا: أن هذه القواعد تفيد في تقليل المنازعات أمام القضاء

إن معرفة الأفراد لقواعد مقاصد الشريعة تهمهم في معرفة أحكام تصرفاتهم – سواء حكمها الديني، أم حكمها الدنيوي – ليتمكن كل منهم من الإقدام

(١) دراسات في الأحوال الشخصيَّة، د. محمد بلتاجي ، ٣٥، ٣٨،٣٦.

على التصرف أو الامتناع عنه، وليتمكن كل فرد من المطالبة بما له وأداء ما عليه، دون لجوء للقضاء إلا عند الحاجة، ولئلا يقع أحدهم في محظور دون علمه أو قصده[1].

(١) الإسلام وتقنين الأحكام، د. عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، ٣٢٧.

المبحث الخامس

أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة في رفع الضرر والتيسير في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني

أولاً: التطبيق في مبدأ شخصية المسئولية الجزائيَّة.

نصت المادة الثالثة من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائيَّة اليمني على مبدأ شخصية المسئولية الجزائيَّة بقولها: "المسئولية الجزائيَّة شخصية، فلا يجوز إحضار شخص للمساءلة الجزائيَّة إلاّ عمّا ارتكبه هو من أفعال يعاقب عليها القانون"، فهذا النص صرح بمبدأ هام يعتبره فقهاء القانون من المبادئ الأساسية في القانون الجنائي [١]، وهو مبدأ شخصية المسئولية[٢]، الذي يقصد به: "عدم جواز مساءلة شخص على فعل غيره"[٣]، ويترتب عليه: مبدأ شخصية الاتهام والمحاكمة، بحيث لا ترفع الدعوى إلا على الجاني[٤].

وبتطبيق قواعد التيسير ورفع الضرر على هذا النص، يمكن القول: بأن

---

(١) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٢٠٧، ٤١٦، ٤٤٢، ٤٤٣؛ الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ٢٠، ٢١؛ دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي الإسلامي، د. مأمون سلامة، ٣؛ النظرية العامَّة للعقوبة والتدابير الاحترازية، للمستشار: عزت حسنين، ٢٠٩؛ تطوير القانون الجنائي طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، د. محمد عبد الشافي إسماعيل، ١٥٤، ١٥٥؛ مشروع قانون العقوبات الإسلامي، د. محمد أبو العلا عقيدة، ١٧؛ الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، ٧/٤٣، ٥٣؛ الإسلام وتقنين الأحكام، د. عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، ٢١٩؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د. محمد شجاع، ٤٨.

(٢) دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي الإسلامي، د. مأمون سلامة، ٣.

(٣) السابق، نفس الصفحة.

(٤) تطوير القانون الجنائي طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، د. محمد عبد الشافي إسماعيل، ١٥٤، ١٥٥.

في مبدأ شخصية المسئولية الجزائيَّة على الجاني دون غيره تطبيقًا واضحًا للتيسير ورفع الضرر عن غير الجاني، لأنه لو وقعت المسئولية الجزائيَّة على الكافة لوقع الناس في حرج ومشقة، ولأدى ذلك إلى الإضرار بغير الجاني دون جريرة، ويتضح ذلك أكثر من خلال ما يترتب على شخصية المسئولية الجزائيَّة من إيقاع العقوبة على الجاني دون غيره، وهذا ما يسمى:"بمبدأ شخصية العقوبة"[1]، وقد أكد قانون الجرائم والعقوبات اليمني الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م هذا المبدأ في المادة الثانية منه، التي نصَّت على ذلك بقولها:"المسئولية الجزائيَّة شخصية...."، كما نص دستور الجمهورية اليمنية على هذا المبدأ في مادته رقم (٤٧) بقولها: "المسئولية الجنائيَّة شخصية..."، وهذا كله تأكيد لأهمية هذا المبدأ باعتباره من الدعائم الأساسية في التشريعات الجنائيَّة[2]، بل إن هذا المبدأ يعتبر أصلاً من الأصول الجنائيَّة، ولذلك يقول الدكتور/ عوض محمد: "الأصل أن الشخص لا يسأل عن فعل غيره، بل عن فعل نفسه، وهذا الأصل من الدعائم الأساسية في التشريعات الجنائيَّة، ولهذا فإنه يتعين التزامه دائمًا عند تفسير النُصوص"[3].

ومبدأ شخصية المسئولية الجزائيَّة قاعدة مستقرة في الشريعة الإسلامية، أساسها قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾[4]، فهذه الآية قاعدة في حدّ ذاتها[5]،

---

(١) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ٢١؛ النظرية العامَّة للعقوبة والتدابير الاحترازية، للمستشار: عزت حسنين، ٢٠٩؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، د. محمد شجاع، ٤٨.

(٢) الأحكام العامَّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ١٨.

(٣) قانون العقوبات، القسم العام، ٤٤٧.

(٤) من الآية ١٦٤ من سورة الأنعام، وهذا النص ورد أيضا في الآية ١٥ من سورة الإسراء، وفي الآية ١٨ من سورة فاطر.

(٥) إعلام الموقعين، لابن القيم، ١٣/٢.

وهي تعني: أنه لا تحمل نفسٌ عقوبة الأخرى، وإنما تؤخذ كل نفس بجريرتها[1]، ولذلك فإن الجاني في الأصل هو الذي يؤاخذ بجنايته[2]، وقد عبر العلماء عن هذا المبدأ بقواعد متقاربة لفظًا، ومتحدة معنى، ومن تلك القواعد ما يلي: -

١ - **"كلّ من جنى جناية، فهو المطالب بها، ولا يطالب بها غيره"**[3].

٢ - **"لا يحمل أحد جناية غيره"**[4].

٣ - **"الأصل المستقر أن لا يعتد لأحد إلا بما عمله"**[5].

٤ - **"لا تؤخذ نفس بجريرة غيرها"**[6].

٥ - **"الأصل أن يكون موجب الجناية على الجاني"**[7].

فكلّ هذه العبارات تفيد أن كلّ جان مسئول عن جنايته، إلا أن هذا الأصل ليس على إطلاقه، بل يستثنى منه - في حالات قليلة - تَحَمُّل غير الجاني وزر الجاني، وذلك كتحمل العاقلة جناية القتل الخطأ[8].

ومع أن شخصية العقوبة تقتضي إيقاع العقوبة على الجاني وحده، إلا أن آثار العقوبة قد تمتد إلى غير الجاني، مثل عقوبة الحبس التي يضار فيها أقارب الجاني، لأن حبسه يعطله عن الكسب، وبذلك يتضرر من يعولهم[9]، ولكن هذه الآثار

---

(١) أحكام القرآن، لابن العربي، ٢/٧٧٣.

(٢) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢/١٣.

(٣) القواعد، للحصني، ٤/٢٣٦؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، مطبعة الجمهورية، الموصل، ٢/٥٦٨؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٢/٤٤٠.

(٤) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٤١٢.

(٥) القواعد، للحصني، ٤/١٥؛ مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي، لابن خطيب الدهشة، طبعة وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بقطر،ط ٢، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م، ١/١٨٣.

(٦) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢/١٣.

(٧) كشف الأسرار شرح المنار في أصول الفقه، للنسفي، ٢/٥٠٢.

(٨) انظر تطبيقات قواعد العرف في تحمل العاقلة دية الخطأ مع الجاني. في المبحث الثامن من الفصل الأول من الباب الثالث.

(٩) النظرية العامة للعقوبة والتدابير الاحترازية، للمستشار: عزت حسنين، ٢١٠.

لا تخل بمبدأ شخصية العقوبة، إذ ليست آثارًا مباشرة للعقوبة، وإنما هي آثار غير مباشرة لها، بل وغير مقصودة[1].

ثانيًا: التطبيق في مبدأ كفالة حق الدفاع للمتهم.

نصت المادة التاسعة من قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، في فقرتها الأولى، على مبدأ كفالة حق الدفاع للمتهم بقولها: حق الدفع (هكذا) مكفول، وللمتهم أن يتولى الدفاع بنفسه، كما له (هكذا) الاستعانة بممثل للدفاع عنه في أية مرحلة من مراحل القضية الجزائيَّة بما في ذلك مرحلة التحقيق، وتوفر الدولة للمعسر والفقير مدافعًا عنه من المحامين المعتمدين..."، فهذا النَّصّ قد تضمن مبدأ أساسيًا في الإجراءات الجزائيَّة، هو مبدأ حق الدفاع، لما يمثله من ضمان لأطراف الدعوى الجزائيَّة الجنائيَّة، وبصفة خاصة المتهم[2].

وبتطبيق قواعد التيسير ورفع الضرر على هذا النَّصّ يمكن القول: بأنّ في كفالة حق الدفاع للمتهم دفعًا للضررِ عنه، لأن من حقه أن يدفع الضرر عن نفسه، وذلك بقيامه بالدفاع عن نفسه ضد التهمة الموجهة إليه، أو بتوكيله لمن يدافع عنه، كما أن توفير الدولة للمتهم المعسر والفقير محاميًا يدافع عنه ضد التهمة الموجهة إليه فيه تخفيف وتيسير على المتهم، لأن الإعسار والفقر من الأمور التي تستدعي المساعدة، ولأن تكليف المتهم بدفع تكاليف من يدافع عنه مع عجزه وفقره وإعساره فيه مشقة عليه فكان من المناسب دفع هذه المشقة بتوفير الدولة له من يقوم بالدفاع عنه في أية مرحلة من مراحل الدعوى الجزائيَّة، سواء في مرحلة التحقيق، أو في مرحلة المحاكمة[3]، غير أنه لمّا كان المتهم – في الغالب – يجهل حقوقه، أو يجهل

---

(١) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ٢٠، ٢١.

(٢) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني ، ١٢٢.

(٣) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الأول: الدعاوى الناشئة عن الجريمة، د. مطهر أنقع، ١٠٦.

كيفية الدفاع عن نفسه فإن الشارع قد قرّر رخصة الاستعانة بمدافع يساعده في معرفة حقوقه، وكيفية الدفاع عنه، وذلك رعاية لمصلحة المتهم في الدعوى الجزائيّة، التي تتطلب أن يكون المدافع حائزًا لثقة المتهم وأن يقوم برعاية مصلحته، وما يستتبع ذلك من تحقيق المصلحة العامّة، لأن غاية الإجراءات الجزائيّة ليست إدانة المتهم والحكم عليه بأشد عقوبة يسمح بها القانون، بل هي كفالة المعاملة العادلة أيضًا، وتقتضي هذه المعاملة صيانة حقوقه الإجرائية، ثم تبرئته إن كان جديرًا بالبراءة، أو عدم تجاوز العقوبة التي يستحقها إن كان مستحقًا للإدانة، فالمصلحة العامّة تأبى أن يدان بريء أو أن يعاقب شخص بما يجاوز العقوبة التي يستحقها(١).

ثالثًا: التطبيق في الدعوى الجزائيّة

نصت المادة رقم (٢٧) من قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني على أنه: "لا يجوز للنيابة العامّة رفع الدعوى الجزائيّة أمام المحكمة إلا بناء على شكوى المجني عليه أو من يقوم مقامه قانونًا في الأحوال الآتية... ومن تلك الأحوال: ما نصّت عليه الفقرة الثانية من هذه المادة، بقولها:"في الجرائم التي تقع على الأموال فيما بين الأصول، والفروع، والزوجين، والإخوة، والأخوات".

وبتطبيق قواعد مقاصد الشريعة التي تقتضي دفع الضرر على هذا النص، يمكن القول: بأن الشكوى باعتبارها عملاً إجرائيًا يقوم به المجني عليه لتحريك الدعوى الجنائيّة(٢) فإنها وسيلة يقوم بها المجني عليه لدفع الضرر عنه، كما أن من مظاهر التخفيف والتيسير في الدعوى الجزائيّة: تقييد القانون للدعوى الجزائيّة بعدم جواز رفعها إلا بناء على شكوى المجني عليه أو من يقوم مقامه قانونًا(٣) في بعض

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الأول: الدعاوى الناشئة عن الجريمة، د. مطهر أنقع، ١٠٤.

(٢) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد شجاع، ٨١.

(٣) فسّر قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني كلمة: "من يقوم مقام المجني عليه قانونًا"، بقوله: "يقصد به الولي أو الوصي أو المنصب(هكذا ولعلها المنصوب) عن غيره، من قبل المحكمة، أو

الجرائم، كالتي تقع على الأموال فيما بين الأصول، والفروع، والزوجين، والإخوة، والأخوات، فالتخفيف والتيسير يَظْهر من الحكمة من الشكوى، التي ترجع إلى أن المجني عليه هو صاحب المصلحة الوحيدة في جرائم الأموال بينه وبين أصوله، أو فروعه، أو زوجه، أو إخوته، أو أخواته، وتقديرًا من المشرع للعلاقات العائلية بين الجاني والمجني عليه فقد ترك رفع الدعوى للمجني عليه دون غيره [1]، وهذا تخفيف على المجني عليه، وحرصًا على الصلات العائلية الوثيقة التي تجمعه مع الجاني.

رابعًا: التطبيق في التشريح الجنائي

من الضرورات التي تبيح المحظورات: تشريح جثة الميت، للبحث عن الجاني لمعاقبته، أو تبرئة البريء، والتشريح الجنائي هو: الذي "يعتني بالكشف عن المسائل الطبية التي تهم العدالة وتهم رجال القانون، فيشتمل على فحص الجثة للوقوف على المتغيرات التي تطرأ على الجثة بعد الوفاة، أو المسببات التي أدت إلى حدوثها، بالإضافة إلى تحديد كيفية حدوثها، وتاريخه، والأدوات المسببة لذلك، والمدة التي انقضت منذ الوفاة حتى تاريخ الكشف عن الجريمة، وهل الوفاة عرضية؟ أم جنائية؟ أم انتحارية؟"[2]، والذي يُعنى بهذا هو الطب الشرعي، وهو فرع من فروع الطب يقوم بالتشريح الجنائي لكشف ملابسات واقعة معينة حتى يتبين الحق والعدل فيها[3].

وجواز تشريح الجثة وفحصها جنائيًا يعتبر من باب الضرورة التي تبيح

المصفي الذي يكتسب هذه الصفة قانونًا، أو الممثل القانوني للأشخاص الاعتباريين، أو الوكيل والنائب"، المادة رقم(٣) من قانون الإجراءات الجزائيّة.

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني، د. محمد شجاع، ٨٣.

(٢) حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، د.عبد العزيز خليفة القصار، ٢٥٥. [بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، وقد سبق الإشارة إليه].

(٣) السابق، نفس الصفحة.

المحظور[1]، قياسًا على ضرورة الحفاظ على الولد المرجوة حياته بجواز شق بطن أمه الحامل الميتة، فكما أنه يجوز شق بطن الأم الميتة لاستخراج ولدها، لما فيه من إحياء لنفس الجنين فكذلك يجوز تشريح الميت للتعرف على دواعي الجريمة[2]، وجواز شق بطن الأم الحامل الميتة لاستخراج ولدها المرجو حياته مبني في الفقه الإسلامي على قاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**"[3]، كما أن هناك قواعد شرعية أخرى يُستند إليها في القول بجواز تشريح الجثة وفحصها؛ كقاعدة: "**تحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد**"، فبناء على هذه القاعدة يجوز تشريح الجثة في عمليَّات القتل، وقد أشار الشيخ/ جاد الرب رمضان إلى هذا مبينًا وجه الضرر الأخف والضرر الأشد، بقوله: "فالأخف: التشريح، والأعظم: بدون التشريح يخرج القاتل من الجريمة بدون عقوبة"[4].

ويؤيد ذلك أيضًا قاعدة: "**إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما**"[5]، فإذا كان في تشريح الميت مفسدة بهتك حرمته، فإن هناك مفسدة كبرى لو لم يحدث التشريح في الجنايات، وهي أنه يمكن أن يفلت الجاني الحقيقي من العقاب، وقد يعاقب غير الجاني بالقتل، وقتل غير الجاني بغير حق مفسدة أكبر من مفسدة تشريح الميت، لأنها أخف[6]، كما أن قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلا به فهو**

(١) تقريرات فضيلة الشيخ جاد الرب رمضان في محاضراته في كلية الشريعة، جامعة الأزهر، كتبها عنه سماعًا: محقق كتاب "الأشباه والنظائر"، محمد حسن إسماعيل الشافعي، هامش(١) جـ ١: ص ١٨٤، من كتاب "الأشباه والنظائر"، للسيوطي؛ حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، د. عبد العزيز خليفة القصار، ٢٦٥.

(٢) حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، د. عبد العزيز خليفة القصار، ٢٧١.

(٣) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٨٤.

(٤) تقريرات فضيلة الشيخ: جاد الرب رمضان، بهامش الأشباه والنظائر، للسيوطي، تحقيق: محمد حسن إسماعيل، ١/١٨٤، هامش رقم(١).

(٥) الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٨٨.

(٦) حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، د. عبد العزيز خليفة القصار، ٢٧٣.

واجب"[1]، وهي قاعدة أصولية تُسند القول بجواز تشريح الجثة وفحصها جنائيًا، وذلك لأن الله تعالى أمر بالعدل بين الناس في الحكم في أكثر من آية؛ كقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ﴾[2]، وقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾[3]، وقوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤٧﴾﴾[4]، وغير ذلك من الآيات، فالحكم بالعدل واجب على القاضي وغيره ممن يتولى الحكم بين الناس، ولابدّ على القاضي من الحكم بالأدلّة، أو القرائن، وبالجملة فإنه يجب عليه القضاء على الجاني وتبرئة البريء، ولكن إذا كان لا سبيل إلى هذا إلا بتشريح الجثة فإنه يكون واجبًا.

كما أن تشريح الجثة وفحصها جنائيًا لا يُعدّ عبثًا بجثة الميت وكرامته، بل يُقصد منه كشف الجريمة ومعرفة ملابساتها، لمعرفة الجاني من البريء، لما فيه من مصلحة راجحة على مفسدة مرجوحة، فالمصلحة الراجحة هي معرفة سبب الوفاة الذي يتوصل به إلى تبرئة البريء أو إدانة المجرم، ولذا يكون التشريح واجبًا إذا توقف الوصول إلى الحقيقة في الجناية عليه، ففي ذلك صيانة للحكم عن الخطأ وصيانة للجماعة من داء الاعتداء[5]، وصيانة للعدالة بمعرفة أساليب الجريمة، ومحاربة أساليب الجرائم، وإذا تم التشريح فلا بد أن يكون في الحدود اللازمة لمعرفة كشف الجريمة وملابساتها، ولا يتجاوز ذلك، لأن الضرورة تقدر بقدرها.

موقف القانون اليمني من تشريح الجثة جنائيًا

نصت الفقرة (أ) من المادة رقم (٢٠٧) من قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني على أن: "للنيابة العامّة أن تطلب من طبيب أو شخص له خبرة فنية في أي

---

(١) مفتاح الوصول، للتلمساني، ٣٣.

(٢) من الآية ٥٨ من سورة النساء.

(٣) من الآية ٤٩ من سورة المائدة.

(٤) من الآية ٤٧ من سورة المائدة.

(٥) حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، د. عبد العزيز خليفة القصار، ٢٧٩.

مجال إبداء الرأي في أي مسألة متعلّقة بالتحقيق..."، كما نصّت الفقرة (أ) من المادة رقم (٢٠٨) من نفس القانون على أنّ: يكون طلب تقرير الخبير وجوبيًا "لبيان سبب الوفاة وطبيعة الإصابة الجسمانية"، ونصت المادة رقم (٢١٤) من نفس القانون على أنه: "يتم فحص أو تشريح الجثة بواسطة الطبيب الشرعي المعين والمصرح له بهذا وبمعرفة النيابة، ويجوز في حالة الضرورة القصوى فتح القبر لمعاينة الجثة وتشريحها، ويصدر القرار بفتح القبر أو فحص الجثة أو تشريحها من النيابة العامّة أثناء التحقيق، ومن المحكمة أثناء المحاكمة"، فهذه النصوص هي سند وكيل النيابة في إحالة الجثة إلى الطبيب الشرعي، كما أن المادة المذكورة آنفًا رقم (٢١٤) هي أيضًا سند المحكمة والنيابة في فتح القبر لتشريح الجثة للضرورة.

ومع أن قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني ذكر الخبرة إلا أنه لم يعرفها، بل اكتفى بتوضيح إجراءاتها، كما في المواد المذكورة آنفًا، ولهذا فقد تولى شراح القانون اليمني تعريف الخبرة، فقالوا: هي "إجراء بمقتضاه ينتدب المحقق خبيرًا أو أكثر لفحص شيء معين يتطلب إلمامًا بمعلومات فنية"[1]، كما وضحوا من خلال هذا التعريف أنّ الخبرة والاستعانة بالخبير تكون في حالة تعرض المحقق أثناء قيامه بأي إجراء من إجراءات التحقيق، والتي يكون فيها مسألة فنية تحتاج للتعرف عليها الاستعانة بخبير متخصص في ذلك[2].

ويتضح من النصوص القانونية السابقة أن القانون اليمني قد أجاز للنيابة العامّة اتّخاذ كلّ إجراء من شأنه أن يساعد في كشف الحقيقة، وعليه فإن لجهة التحقيق الحق في طلب خبير في مجال الطب الشرعي (طبيب شرعي) لمعرفة ملابسات الوفاة، ويمكن أن يكون ذلك عن طريق تشريح جثة المتوفى المشتبه في وفاته.

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثاني: الإجراءات السابقة على المحاكمة، د. محمد راجح نجاد، ٢١٩.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

وقد ترك القانون اليمني تقدير الاستعانة بخبير للنيابة العامّة، فهي التي تملك الحق في تقدير مدى احتياجها إلى خبير من عدمه[1]، إلا أن القانون قد أوجب علىَ النيابة العامّة الاستعانة بالخبرة في حالات معينة، منها: بيان سبب الوفاة، وطبيعة الإصابة الجسمانية، وهو ما نصّت عليه الفقرة (أ) من المادة رقم (٢٠٨) من قانون الإجراءات الجزئية اليمني – المذكورة آنفًا – ولكن مع مراعاة أنه إذا ظهرت حالة تستدعي الاستعانة بالخبير، فإن ذلك يكون بضوابط، منها: أن فحص الجثة وتشريحها لا يتم إلا بواسطة الطبيب الشرعي الذي عينته النيابة وصرحت له بذلك، وأنه إذا دعت الضرورة لفتح القبر لمعاينة الجثة وتشريحها فإن ذلك يجوز عند الضرورات القصوى، ويَصدر القرار بفتح القبر أو فحص الجثة أو تشريحها من النيابة العامّة في أثناء التحقيق، ومن المحكمة في أثناء المحاكمة[2]، ولكن لمّا كانت الضرورة تقدر بقدرها فإنّ على المحقق أن يأذن بالتشريح وفتح القبر لمعاينة الجثة وفحصها في أقرب وقت ممكن، وعند الانتهاء من ذلك يصرح بدفن الجثة، فلا يتأخر في الدفن دون مبرر، وعلى المحقق أن يطلب من الطبيب الشرعي المنتدب للتشريح – بإخطار عاجل موجز – بنتيجة التشريح، وسبب الوفاة[3]، وبناء على ما سبق، فإن القانون اليمني يجيز تشريح الجثة جنائيًا لمعرفة ظروف وملابسات الجريمة.

خامسًا: التطبيق في علانية المحاكمة

من إجراءات المحاكمة: علانيتها، وهذا ما ذكرته الفقرة الأولى من المادة رقم (٢٦٣) من قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، حيث جاء فيها: "يجب أن تكون جلسات المحكمة علنية ما لم تقرر المحكمة أن تكون كلها أو بعضها سرية لا

---

(١) شرح قانون الإجراءات الجزائيَة، القسم الثاني: الإجراءات السابقة على المحاكمة، د. محمد راجح نجاد، ٢١٩.

(٢) السابق، ٢٢٢.

(٣) حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون، د. عبد العزيز خليفة القصار، ٢٩٢.

يحضرها غير ذوي العلاقة بالدعوى، مراعاة للأمن، والنظام، أو محافظة على الآداب، أو إذا كان يخشى إفشاء أسرار عن الحياة الخاصّة لأطراف الدعوى، أو في حالة انتشار الأمراض الوبائية، وغيرها من الأمراض المعدية..."؛ فهذا النصّ تضمن مبدأ أساسيًا في شأن المحاكمة؛ وهو مبدأ علانية المحاكمة، وعلّة هذا النصّ هي إشراك الأمة في المسائل التي تهم الرأي العام في المجتمع وتمكينه من الاطّلاع عليها[1]، ويمكن فهم مظاهر التيسير ورفع الضرر في علانية المحاكمة من خلال الأمور التالية:-

الأمر الأول: أنّ من شأن علانية المحاكمة دعم ثقة الأمة في عدالة القضاء، مع ما في ذلك من حمل القضاة على التطبيق السليم للقانون، وحمل النيابة، والمتهم، (أو المدافع عنه) والشهود، على الاتزان في أقوالهم، والاعتدال في الطلبات والدفوع، ويحمل هذا المبدأ الاطمئنان إلى المتهم، وإتاحة الفرصة له لإتقان عرض دفاعه، كما أنّ اطّلاع جمهور الأمة على إجراءات المحاكمة وعلمهم بعد ذلك بالحكم الذي يصدر ضد المتهم يدعم الأثر الرادع للقانون[2]، ولذلك كله فإنّ علانية المحاكمة مظهر من مظاهر رفع الضرر، لما تمثله من الأثر الرادع للقانون عند جمهور الناس، ولما تمثله من الحرص على التطبيق السليم للقانون.

الأمر الثاني: أنّ نطاق مبدأ علانية المحاكمة يعتريه الاستثناء، وذلك بجعل المحاكمة سرية في بعض الحالات، فقد أجاز القانون للمحكمة أن تأمر بنظر الدعوى في جلسة – أو جلسات سرية – وذلك مراعاة لمصلحة أكبر من مصلحة علانية المحاكمة[3]، فإذا كان يقصد بالعلانية:"تمكين جمهور الناس – بغير تمييز – من حضور جلسات

---

(١) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٢٣، ١٢٤، ١٣٨؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر أنقع، ١٧٨.

(٢) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٣٨، ١٣٩؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر أنقع، ١٧٩.

(٣) المبادئ العامّة في قانون الإجراءات الجنائيّة، د. عوض محمد، ٥٩٨.

المحاكمة ومتابعة ما يدور فيها من مناقشات، ومرافعات، وما يتخذ فيها من إجراءات، وما يصدر فيها من قرارات"[١] لمصلحة هي ضمان حسن سير العدالة، فإن هناك مصالح أكبر يقتضي الحفاظ عليها جعل المحاكمة سرية، ومن تلك المصالح، ما يلي: -

١- **مراعاة الأمن**: فمراعاة الأمن والخشية من إفشاء أسرار الدولة - أو المزيد من الإفشاء لها - مصلحة أكبر من مصلحة تمكين الجمهور من حضور إجراءات المحاكمة، ولذلك فإن للقاضي أن يجعل المحاكمة سرية في حالة الخشية من أن تؤدي علانيتها إلى إفشاء أسرار الدولة أو المزيد من الإفشاء لها إذا كانت المحاكمة بصدد جريمة من الجرائم التي تمس الأمن[٢]، وهذا مظهر من مظاهر دفع الضرر العام.

٢- **مراعاة النظام**: فإذا لم يتوافر مع علانية المحاكمة الهدوء والنظام في جلسات المحاكمة - كأن تسود الضوضاء أو التشويش أو عدم الهدوء، أو وقوع اعتداءات بين الجمهور أنفسهم، أو بينهم وبين أحد أطراف الدعوى، مثلاً، فإن للقاضي أن يجعل المحاكمة سرية[٣]، وهذا مظهر من مظاهر دفع الضرر عن الجمهور، والخصوم.

٣- **المحافظة على الآداب العامّة**: فإذا كانت علانية المحاكمة يخشى منها عدم المحافظة على الآداب العامّة، فإن للقاضي أن يجعل المحاكمة سرية حفاظًا على هذه

---

(١) المبادئ العامّة في قانون الإجراءات الجنائيّة، د. عوض محمد ، ٥٩٦.

(٢) المبادئ العامّة في قانون الإجراءات الجنائيّة، د. عوض محمد، ٥٩٨، ٥٩٩؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر أنقع، ١٨١، ١٨٢.

(٣) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٢٤؛ المبادئ العامّة في قانون الإجراءات الجزائيّة، د. عوض محمد، ٥٩٨؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر أنقع، ١٨١، ١٨٢.

الآداب[1]، وهذا مظهر من مظاهر تحقيق المصلحة العامَّة.

٤- **المحافظة على الأسرار الخاصَّة لأطراف الدعوى:** فإذا كانت علانية المحاكمة يخشى منها إفشاء الأسرار الخاصَّة لأطراف الدعوى، فإن للقاضي أن يجعل المحاكمة سرِّية، حرصًا على حرمة الحياة الخاصَّة، أو الحياة الأسرية[2]، وهذا مظهر من مظاهر التخفيف على أطراف الدعوى، لأن إفشاء الأسرار الخاصَّة قد يوقعهم في الضيق والحرج إذا كانت المحاكمة علنية، وفي هذا مشقة عليهم، فناسب تلك المشقة التخفيف عليهم بجعل المحاكمة سرية.

٥- **عدم انتشار الأمراض والأوبئة:** فإذا وُجدت أمراض معدية، أو أوبئة منتشرة، فإن للقاضي أن يجعل المحاكمة سرية، حرصًا على صحة الناس، ولذلك فإن له أن يمنع الجمهور من حضور جلسات المحاكمة، عملاً بالحجر الصحي المقرر لمنع انتشار الأمراض والأوبئة[3]، وهذا مظهر من مظاهر دفع الضرر.

سادسًا: التطبيق في إجراءات تنفيذ الأحكام الجزائيَّة

من الأمثلة التطبيقية لقواعد المقاصد الشرعيَّة في إجراء تنفيذ الأحكام الجزائيَّة ما يلي:

١- تأخير إجراءات تنفيذ العقوبات في بعض الأحوال

من الأحوال التي يؤخر فيها تنفيذ العقوبات: ما نصَّت عليه المادة رقم (٤٨٤) من قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني من أنه: "لا تنفذ عقوبة الإعدام أو الحد

---

(١) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٢٤؛ المبادئ العامَّة في قانون الإجراءات الجزائيَّة، د. عوض محمد، ٥٩٨؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر أنقع، ١٨٢.

(٢) المبادئ العامَّة في قانون الإجراءات الجنائيَّة، د. عوض محمد، ٥٩٨، ٥٩٩؛ شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر أنقع، ١٨٢.

(٣) شرح قانون الإجراءات الجزائيَّة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة، د. مطهر أنقع، ١٨٢.

أو القصاص التي يترتب عليها ذهاب النفس أو عضو من الجسم في أيام الأعياد الرسمية والأعياد الخاصّة بديانة المحكوم عليه...".

هذا النّصّ يظهر فيه النهي عن تنفيذ عقوبة القتل حدًا أو قصاصًا وعقوبة قطع عضو من الجسم حدًا أو قصاصًا في أيام الأعياد الرسمية وفي أيام أعياد المحكوم عليه، وهذا مظهر من مظاهر التخفيف عن المحكوم عليه، وهو تخفيف تأخير، يتمثل في تأخير تنفيذ هذه العقوبات إلى غير أيام الأعياد، والمبرر لتأجيل تنفيذ هذه العقوبات في أيام الأعياد الرسمية وأيام الأعياد الخاصّة بديانة المحكوم عليه، هو أن هذه الأيام يغلب عليها مشاعر الفرح والسرور والابتهاج، لما تمثله من قيم روحية ومعنوية وإنسانية في حياة الفرد[1]، ومن ثم فقد ناسب هذا الوضع أن لا تتحول هذه الأيام إلى أيام مشقة ومأساة على المحكوم عليه، فكان في تأجيل تنفيذ العقوبة تخفيف عليه.

ومن أمثلته أيضًا: ما نصّت عليه المادة رقم (٤٨٤) من نفس القانون من أنه: "لا تنفذ عقوبة الإعدام أو الحد أو القصاص التي يترتب عليها ذهاب النفس أو عضو من الجسم في أيام الأعياد الرسمية والأعياد الخاصّة بديانة المحكوم عليه، ويوقف التنفيذ في المرأة الحامل حتى تضع حملها، والمرضع حتى تتم رضاعة ولدها في عامين ويوجد من يكفله وتحبس إلى أن يحين وقت التنفيذ"، وما نصّت عليه المادة رقم (٤٨٧) من نفس القانون من أنه: "...تعامل المرأة الحامل أو المرضع المحكوم عليها بالرجم معاملة المحكوم عليه بالإعدام".

فيظهر من خلال هذين النصين الأخذ بقاعدة: "لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ"، وذلك بدفع الضرر عن كلٍّ من: الجنين في بطن أمه، والرضيع، والطفل المحتاج إلى كفالة أمه، وذلك عن طريق تأخير تنفيذ عقوبات القتل حدًا وقصاصًا – والعقوبات التي

---

(١) الأحكام العامّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ٧٣.

يترتب عليها ذهاب عضو من الجسم – في الأم الحامل حتى تضع حملها، وفي المرضع حتى تتم رضاعة مولودها في عامين ويوجد من يكفله، لأنّ الغالب في الحمل أنه يموت بموت أمه ويتنفس بنفسها، فكان من المناسب لدفع الضرر عنه أن يتأخر تنفيذ العقوبة عن الحامل حتى تضع حملها، كما أن الرضيع يحتاج إلى رضاعة أمه حفاظًا على بدنه من الهلاك من الأمراض، فكان من المناسب لدفع الضرر عنه أنْ يتأخر تنفيذ العقوبة عن أمه حتى تتم رضاعته في عامين ويوجد من يكفله، نظرًا لحاجة الصغير إلى من يرعاه ويدرأ عنه ما يهلكه أو يُضر به.

ووجه تأخير تنفيذ العقوبة عن الحامل والمرضع، هو أن من شرط استيفاء العقوبة أن يؤمن تعدي العقوبة إلى غير الجاني، ولو تم استيفاء العقوبة في المرأة الحامل بقتلها حدًا أو قصاصًا ـ مثلاً ـ لتعدت العقوبة إلى الجنين، ولو تم استيفاء العقوبة من المرأة المرضع لتعدت العقوبة إلى الرضيع، لأن الغالب أن الرضيع لا يعيش إلاّ بالرضاعة، ولكن إن وُجد من يرضع الطفل غير أمه، فإنه يعطى لمن يرضعه وتنفذ العقوبة في أمه؛ لأن غيرها يقوم مقامها في إرضاعه، وإن لم يوجد من يرضعه تركت حتى تفطمه[1]، كما أن في إقامة الحد عليها حال الرضاع إضرارًا بالمولود، ولا سبيل إلى الإضرار به، ولا إلى إتلاف الحمل بإقامة الحد على أمه، فهو معصوم[2].

وتأخير تنفيذ العقوبة عن الحامل حتى تضع حملها والمرضع حتى تتم رضاعة المولود في عامين – إنْ لم يوجد من يرضعه – لا يقتصر على عقوبة القتل حدًا أو قصاصًا، ولا على عقوبة القصاص فيما دون النفس، ولا على عقوبة قطع الأعضاء في الحدود، بل يشمل أيضًا عقوبة الجلد[3]، بجامع دفع الضرر عن كلٍ من:

---

(١) زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٤٢٩.

(٢) المغني، لابن قدامة، ٨/١٧١.

(٣) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٣٠؛ الأحكام السلطانية، للماوردي، ٣٧١؛ المغني، لابن قدامة، ٨/١٧١؛ الروض المربع، للبهوتي، شرح زاد المستقنع، للحجاوي، ٤٢٩.

الجنين في بطن أمه، والرضيع، في الحامل والمرضع يعد تطبيقًا دقيقًا لمبدأ شخصية العقوبة، لأن تنفيذ العقوبة على الحامل، أو المرضع قد يؤدي إلى هلاك الجنين، أو المولود، وكلاهما بريء مِمَّا جنته أمه، ولم يقترف وزرًا.

ويلاحظ أن القانون اليمني قد سكت عن تأخير عقوبة الجلد عن المرأة الحامل حتى تضع حملها، وعن المرضع حتى تتم رضاعة ولدها في عامين، ويوجد من يكفله، ولكن بالرجوع إلى قواعد الدلالات التي تقتضي العمل بمفهوم الموافقة، ومن خلال نص المادة رقم (٤٩٢) من قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني التي جاء فيها: "... ينفذ الجلد تحت إشراف الطبيب المختص، بعد أن يقر (هكذا) أن التنفيذ لا يؤدي إلى هلاك المحكوم عليه وإلا أوقف التنفيذ"، يمكن القول: بأن هذا النّصّ يدل على إيقاف تنفيذ عقوبة الجلد إذا كان الجلد سيؤدي إلى هلاك المحكوم عليه، ويدل بمفهوم الموافقة على إيقاف تنفيذ عقوبة الجلد إذا كان الجلد سيؤدي إلى هلاك غير المحكوم عليه من باب أولى، ولا شك أن تنفيذ عقوبة الجلد في الحامل، والمرضع، قد يؤدي إلى هلاك الجنين والرضيع أو مرضهما.

٢ – تيسير إجراءات تنفيذ عقوبة قطع عضو من الجسم

نصت المادة رقم (٤٨٩) من نفس القانون على أن: "ينفذ القطع حدًا في اليد اليمنى من الرسغ، والرجل من الكعب بآلة حادة..."، ونصت المادة رقم (٤٩١) من نفس القانون على أن: "ينفذ القصاص فيما دون النفس بإزالة الطرف المُبيّن بالحكم بآلة حادة مناسبة عند الفصل أو الحد الذي ينتهي إليه، ما لم يقرر الطبيب المختص عدم إمكان التنفيذ لخطورته على حياة المحكوم عليه، ويقدّم ما يلزم من إسعاف وعلاج للمحكوم عليه بعد التنفيذ لمنع أية مضاعفات محتملة"، فهذان النصّان يوضحان أن القانون اليمني اشترط لتنفيذ عقوبة القطع فيما دون النفس حدًا – كما في قطع يد السارق، وقطع أيدي المحاربين وأرجلهم من خلاف – أو قصاصًا، أن تكون آلة القطع حادة، وهذا مظهر من مظاهر التيسير والتخفيف على المحكوم عليه، لأن الآلة الحادة من شأنها سرعة القطع، ولا شك أن السكين الحاد آلة مناسبة لسرعة

القطع، ولكن إن وجدت آلة حادة أسرع منها فلا مانع من استخدامها في القطع مادامت تحقق السهولة والسرعة في التنفيذ، وقد أشار ابن قدامة إلى هذا بقوله – عن السارق –: "ويقطع السارق بأسهل ما يمكن، فيجلس، ويضبط، لئلا يتحرك فيجني على نفسه، وتُمد بحبل وتجر حتى يَبِيْن مفصل الكف من مفصل الذراع، ثم يوضع بينهما سكين حاد، ويدق فوقهما بقوة ليقطع في مرة واحدة، أو توضع السكين على المفصل، وتمدى مرة واحدة، وإن عُلِم قطع أوحى[1] من هذا قُطع به"[2].

ومن مظاهر رفع الضرر عن المحكوم عليه في هذا النص – إضافة إلى تسهيل تنفيذ العقوبة عنه–: أن تنفيذ القطع فيما دون النفس قصاصًا لا يتم إذا كان سيؤدي إلى إهلاك المحكوم عليه، لأن في إهلاكه إضرارًا بالنفس، وهذا ضرر أعظم من ضرر قطع العضو، ولذلك لا بد من الرجوع إلى الأطباء المتخصصين في تقرير إمكانية تنفيذ القطع من عدمه، وأثر ذلك على حياة المحكوم عليه، ولا بد أن يكون التنفيذ تحت إشرافهم حتى تكون العقوبة محققة للغرض، زاجرة للجاني من غير إتلاف، كما أن الأطباء المتخصصين هم الذين يقومون بتقديم ما يلزم من إسعافات وعلاجات للمحكوم عليه بعد التنفيذ، حتى لا يؤدى تنفيذ القطع إلى حدوث أية مضاعفات تضر بالمحكوم عليه، أو تؤدي إلى هلاكه، وفي هذا دلالة واضحة على الأخذ بمبدأ إزالة الضرر عن المحكوم عليه قبل التنفيذ، وذلك عن طريق أخذ رأي الطبيب المختص في عدم إمكان تنفيذ القطع إذا كان فيه خطورة على حياة المحكوم عليه، لأن تنفيذ القطع قبل معرفة رأي الطبيب المختص قد يؤدي إلى هلاك المحكوم عليه، وهذا ضرر عليه، فكان من المناسب رفع هذا الضرر قبل وقوعه، وذلك بالرجوع إلى تقرير الأطباء المتخصصين.

ولمَّا كانت وسائل الإسعاف تتطور مع تطور الزمن، فإن تقديم الإسعافات والعلاج للمحكوم عليه بقطع عضو من أعضائه يكون بقدر الإمكان، المهم في ذلك

---

(1) أوحى: أسرع. [تاج العروس، للزبيدي، ١٠/٣٨٥.

(2) المغني، ٨/٢٦١.

أن تؤدي الإسعافات والعلاج إلى دفع المخاطر أو المضاعفات التي قد تترتب على القطع، وأن يتحقق مع ذلك سلامة جسد المحكوم عليه.

وقد ذكر العلماء بعض الوسائل التي كانت معروفة لديهم في التقليل من مخاطر قطع عضو من أعضاء الجسم، مثل: وجوب حسم العضو المقطوع بغمسه في زيت مغلي، أو كي محل القطع بالنار لتنسد منافذ الدم، لأنه لو ترك الشخص بدون معالجة بعد قطع عضو من أعضائه، فربما يستمر دمه في النزول، وقد يؤدي ذلك إلى وفاته(١).

ومن مظاهر دفع الضرر عن المحكوم عليه بقطع عضو من أعضائه: أنْ لا يُسنَد تنفيذ القطع إلى الخصم، لأنه قد يسعى إلى التنكيل بالمحكوم عليه، وأن لا يتحمل المحكوم عليه أجرة القاطع، والطبيب المعالج للمحكوم عليه بعد القطع، ولا يتحمل قيمة الدواء الذي يعالَج به محل القطع، بل يكون ذلك من بيت المال(٢).

٣ – التيسير ودفع الضرر في إجراءات تنفيذ عقوبة الجلد

نصت المادة رقم (٤٩٢) من نفس القانون على أن: "تُنفذ عقوبة الجلد في حضور الشهود بسوط مفرد، رطب، ليس في طرفه عقد، وتنزع عن الرجل المحكوم عليه ثيابه الثقيلة، ويضرب قائمًا أو قاعدًا، ولا يمسك ولا يربط إلا إذا تعذر التنفيذ بغير ذلك، وتضرب المرأة وهي جالسة وعليها ملابسها، ولا تمسك ولا تربط إلا إذا لم تصبر على الجلوس، ويكون الضرب على الظهر من أول القدم حتى العنق باتقاء الرأس، ويشدد الضرب على المحكوم عليه بالزنى، على أن يرفع الجلاد يده بالسوط إلى ما فوق رأسه، ويشهد ذلك طائفة من المؤمنين، وينفذ الجلد تحت إشراف الطبيب المختص، بعد أن يقر أن التنفيذ لا يؤدي إلى هلاك المحكوم عليه، وإلا أوقف التنفيذ".

---

(١) السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ٨٦؛ زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٤٥٢؛ سبل السلام، للصنعاني، ١٣٠٣/٤.

(٢) سبل السلام، للصنعاني، ١٣٠٣/٤.

وتطبيقًا لقواعد مقاصد الشريعة الإسلامية – التي تقتضي التخفيف، ورفع الضرر – على هذا النص، يمكن القول: بأن النظرة المتأنية لهذا النصّ تستوجب تطبيق تلك القواعد – بالنسبة لعقوبة الجلد – في خمسة أمور، هي: آلة الجلد، وخضوع المجلود للجلد، وكيفية الجلد، ووقته، وحال المجلود، وذلك على التفصيل التالي:–

الأمر الأول: آلة الجلد: وهي سوط، مفرد، رطب، ليس في طرفه عقد، وهذه الصفات لآلة الجلد مظهر من مظاهر التخفيف عن المجلود، ودفع ضرر عنه، لما قد يحدثه السوط الذي في طرفه عقد – والذي لم يكن مفردًا – من زيادة إيلام المجلود، أو تشقق جلده، فمنْ شأن السوط ألاّ يكون جديدًا فيؤدي إلى زيادة ألم المجلود، وألاّ يكون قديمًا فلا يؤلمه[1]، وإذا خيف من الجلد بالسوط أن يؤدي إلى هلاك المحكوم عليه فإنه يقام مقامه ما يؤدي الغرض، فيقام بعثكال نخل[2] – وهو غصن كبير يكون عليه أغصان صغار وهو بمنزلة العنقود في العنب – [3] أو نحوه، لأن المقصود من الجلد هو التأديب لا الإهلاك.

الأمر الثاني: خضوع المجلود للجلد: يخضع المجلود للجلد طواعية، فإن لم يخضع طواعية فإنه يخضع كرهًا، فيمسك ويربط، دفعًا للضرر عنه، وتنزع عن الرجل ثيابه الثقيلة حتى لا تكون مانعًا من وصول الجلد إلى جسمه، وتضرب المرأة وهي جالسة وعليها ثيابها، لأجل أن لا تنكشف عند الجلد[4].

الأمر الثالث: كيفية الجلد: ممّا يراعى عند تنفيذ الجلد: أن يفرق الجلد على جميع البدن، ليأخذ كلّ عضو حظه من الضرب، ولأن توالي الضرب على عضو واحد قد

---

(١) الأحكام السلطانية، للماوردي، ٣٦٧؛ سبل السلام، للصنعاني، ٤/١٣١٦.

(٢) المغني، لابن قدامة، ٨/١٧٣؛ الروض المربع، للبهوتي، شرح زاد المستقنع، للحجاوي، ٤٤٥؛ سبل السلام، للصنعاني، ٤/١٢٨٤.

(٣) تحرير التنبيه، للنووي، ٣٥٠.

(٤) المغني، لابن قدامة، ٨/١٥٩؛ سبل السلام، للصنعاني، ٤/١٢٨١.

يؤدي إلى هلاك المجلود، وهلاك المجلود ليس هو المقصود من الجلد، بل المقصود التأديب، كما يجب اتقاء المقاتل عند الضرب كالرأس والخصيتين والوجه؛ لأن الضرب على هذه الأعضاء قد يؤدي إلى هلاك المجلود، أو ذهاب بعض منافع أعضائه، ولا يبالغ الضارب بضرب المجلود بحيث يشق جلده، فلا يرفع الضارب يده بحيث يبدو إبطه، لأن المقصود تأديب المجلود لا إهلاكه أو الإضرار به[١].

الأمر الرابع: وقت الجلد: ممًا يراعي عند تنفيذ عقوبة الجلد أيضًا: أن يكون الجلد في وقت معتدل الحرارة والبرودة، فلا يقام الجلد في شدة حر ولا برد، لأن الزمان ربما أعان على قتل المحكوم عليه، والغرض هو الزجر دون القتل[٢].

وقد سكت القانون اليمني عن هذا الأمر، إلا أنه يمكن فهمه من خلال إقرار القانون اليمني لحضور طبيب مختص وقت الجلد يقرر أن التنفيذ لا يؤدي إلى هلاك المحكوم عليه، فإن قرر عكس ذلك أوقف التنفيذ، ولذلك فإنه يمكن الاستعانة بالطبيب المختص لتقرير الزمان الصالح للتنفيذ بما لا يؤدي إلى هلاك المجلود أو ذهاب منافع بعض أعضائه.

الأمر الخامس: حال المجلود: المحكوم عليه بالجلد إما أن يكون مريضًا، أو يكون صحيحًا، فإن كان صحيحًا فلا إشكال في تنفيذ الجلد عليه، وان كان مريضًا فهو على ضربين:

أحدهما: المريض الذي يرجى شفاؤه: فهذا يقام عليه الحد ولا يؤخر، لأن الحد واجب فلا يؤخر بدون حجة[٣]، إلا إن خيف عليه شدة الحر أو البرد فإنه يؤخر الحد عنه إلى زوال سبب الخوف.

---

(١) الأحكام السلطانية، للماوردي، ٣٦٧؛ الروض المربع، للبهوتي، ومتنه: زاد المستقنع، للحجاوي، ٤٤٤- ٤٤٥؛ سبل السلام، للصنعاني، ٤/١٣١٦.

(٢) المغني، لابن قدامة، ٨/٢٦١؛ سبل السلام، للصنعاني، ٤/١٢٨٤.

(٣) المغني، لابن قدامة، ٨/١٧٣؛ سبل السلام للصنعاني، ٤/١٢٨٤.

الثاني: المريض الذي لا يرجى شفاؤه: فهذا يقام عليه الحد ولا يؤخر، إلا أن الحد يقام عليه بسوط يؤمن معه التلف، فإن خيف عليه التلف من ذلك أقيم الحد عليه بما يحتمله مجموعًا دفعة واحدة، من غير تكرار للضرب، وذلك كأن يُضرب بعثكال فيه مائة غصن، فيضرب به ضربة واحدة، ولا يجلد جلدًا شاقًا، لأنه قد يفضي إلى إتلافه، فكان ضربه دفعة واحدة أولى من ترك حدّه بالكلية، وأولى من قتله، وهو غير مستحق للقتل، ويلحق الضعيف الذي لا يحتمل إقامة الحد عليه بالجلد المعتاد بالمريض الذي لا يرجى شفاؤه، فيعامل معاملته في الجلد[1].

وقد جاء موقف القانون اليمني خاليًا من النصّ على تأخير تنفيذ عقوبة الجلد على المريض، ولكن إقراره للأخذ برأي الطبيب المختص يفي بالغرض، فالطبيب هو الذي يقرر الحالة المرضية للشخص ومدى تحمله للجلد من عدمه.

وأخيرًا: فإنّ من مظاهر دفع الضرر في الجلد: أن يَحضر الجلد طائفة من المؤمنين، توبيخًا للزناة وتغليظًا لهم، ليرتدعوا، فكلما كثرت الطائفة كان الردع والزجر أغلظ.

---

(١) المغني، لابن قدامة، ٨/١٧٣، ١٧٤؛ سبل السلام، للصنعاني، ٤/١٢٨٤.

المبحث السادس

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة في رفع الضرر والتيسير في قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني

من أوجه الإفادة المستخلصة من قواعد مقاصد الشريعة برفع الضرر والتيسير في قانون الإجراءات الجزائيَّة ما يلي:ــ

أولاً: أن هذه القواعد تفيد القاضي في تمكين المتهم من استعمال الرخص الممنوحة

لقد قرر المشرع اليمني للمتهم حقوقًا ورخصًا في الإجراءات الجزائيَّة، وذلك بهدف السير السليم للدعوى الجزائيَّة، حتى يكون الحكم فيها – سواء قضي بالبراءة أو الإدانة – معبرًا عن الحقيقة، وبما أن المتهم أحد أطراف الدعوى الجزائيَّة، وهو الجانب الآخر الذي يساعد في الكشف عن الحقيقة، فإنه لابد من استعماله الطرق الإجرائية التي منحه إياها المشرع على النحو السليم، ومن هذه الطرق: أن يتخذ له مدافعًا عنه، لأن رعاية مصلحة المتهم في الدعوى الجزائيَّة تتطلب وجود مدافع خاص له يحوز ثقته ويتفرغ لرعاية مصلحته، كما أن للمحكمة أن تتخذ رخصة الاستعانة بمترجم بينها وبين المتهم أو أحد الشهود إذا كان أحدهم لا يفهم اللغة العربية، وأن تتخذ رخصة الاستعانة بالوسائل العصرية المساعدة لفهم الدعوى الجزائيَّة، كاتّخاذ مترجم للإشارات عند أن يكون أحد الخصوم أو أحد الشهود من ذوي العاهات، كعاهة الصُمَم، أو الخرس[1].

---

(١) انظر المادة رقم (٣٣٧) من قانون الإجراءات الجزائيَّة اليمني، وقد سبق ذكرها في مواضع مختلفة من هذا البحث، حيث نصّت على أنه: "إذا كان المتهم أو الشاهد أبكم، أو أصم، ولا يعرف الكتابة، عين القاضي للترجمة بينه وبين المحكمة من اعتاد مخاطبة أمثاله بالإشارة، أو الوسائل الفنية الأخرى".

ثانيًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في تحديد المسئوليات وتحديد عقوبات الجرائم.

لقد قرر المشرع اليمني أن المسئولية الجزائيّة الشخصيّة، وبناء على قواعد التيسير ودفع الضرر فإن المسئولية تتحدد وتنحصر في الجاني، فلا يستطيع القاضي الحكم على غير الجاني، فالجاني هو الذي يتحمل مسئولية جنايته وهو الذي يتحمل العقاب عليها، أي: أن على القاضي أن يستحضر قواعد دفع الضرر عند تحديد المسئوليات الجزائيّة، بحيث يجعلها قاصرة على الجاني، غير أنه يستثنى من ذلك تحمل العاقلة الدية مع الجاني في جناية القتل الخطأ، لأن ذلك من باب التناصر.

ثالثًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في تمكين الشاكي من اتّخاذ الرخص الممنوحة له قانونًا.

لمّا كانت أواصر القرابة من الأمور المؤثرة في حياة الإنسان، فإن هذه الأواصر تعتبر سببًا من أسباب الرخص في القانون الجنائي، من ذلك: أنّ الجرائم التي تقع على الأموال بين الأصول، والفروع، والزوجين، والإخوة، والأخوات، لا يجوز رفعها أمام المحكمة إلا بناء على شكوى المجني عليه، خشية الإضرار بهذه الصلات الوثيقة، فلذلك تُرك الأمر فيها إلى المجني عليه، مراعاة لما يقرره هو من المصلحة أو المفسدة التي يبغيها من الشكوى أو عدم الشكوى في مثل ذلك، وهذا ما قررته المادة رقم (٢٧) في فقرتها الثانية من قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني[1].

رابعًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في اتّخاذ إجراءات المحاكمة بصورة لا يلحق فيها الضرر بالأمة.

وهذا واضح من خلال ما سبق قوله: من أن للمحكمة أن تجعل المحاكمة سرية، مراعاة لمصلحة الأمة بكاملها، كمراعاة الأمن إذا كان يخشى من العلانية إفشاء أسرار الدولة أو مزيدًا من الإفشاء لها، ومراعاة للنظام إذا لم يتوافر مع العلانية الهدوء والنظام، مع ما قد يؤدي إليه من الضوضاء، والتشويش، وعدم الهدوء، والتعدي من قبل الجمهور بعضهم على بعض أو على أحد أطراف الدعوى،

---

(١) انظر البند (ثالثًا) من المبحث السابق من هذا الفصل.

ولذلك فإن مراعاة عدم إفشاء الأسرار الخاصّة بأطراف الدعوى، ومراعاة عدم انتشار الأمراض المعدية والأوبئة المنتشرة بين الجمهور من الأسباب التي يجوز للمحكمة عند توافرها جَعْل المحاكمة في إجراءات سرية.

خامسًا: أن هذه القواعد تفيد القضاء في تحديد الإجراءات الجزائيَّة التي يجب اتّخاذها عند الضرورات لتحقيق العدالة.

قرر المشرع اليمني بعض الإجراءات التي يباح اتّخاذها عند الضرورات لكشف الحقيقة، والوصول إلى تحقيق العدالة بتبرئة البريء وإدانة المجرم، ومن ذلك: فتح القبر لمعاينة الجثة وتشريحها[1]، فمثل هذه الإجراءات – وإن كانت محظورة أصلاً – إلا أنها تباح لهذا الغرض، ولكن لا بد من تحديد هذا الإجراء من حيث مدته، وكيفيته، بما يتناسب مع الضرورة.

سادسًا: أن هذه القواعد تعين القاضي على التوصل إلى تبرئة البريء وإدانة المجرم.

وهذا واضح من خلال بعض الإجراءات القضائية التي يتحقق معها جلب المصالح ودرء المفاسد، كما في اتّخاذ إجراء التشريح الجنائي، فهو إجراء يقصد منه كشف الجريمة لمعرفة الجاني من البريء، ففي ذلك درء مفسدة عن البريء وجلب مصلحة للمجتمع بمعاقبة المجرم.

سابعًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في بناء الأحكام القضائية على أساس الواقع لا على الظنون البيّن خطؤها.

هذه الإفادة تتجلى من خلال القاعدة القائلة: بأنه "**لا عبرة بالظن البيّن خطؤه**"[2]، بمعنى أنه لا اعتبار للظن الواضح خطؤه، وأن الفعل إذا بني على ظن، ثم

---

(١) انظر البند(خامسًا) من المبحث السابق من هذا الفصل.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٨٨؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/ ٩٣؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ٣٣٨/١. والمادة رقم(٧٢) من مجلة الأحكام العدلية. انظر: [درر الحكام، لعلي حيدر، ٦٤/١].

تبين خطأ ذلك الظن، فإن الاعتبار لما في نفس الحكم أو الواقع لا للظنّ البيّن خطؤه[1]، وهذا نوع من الاحتياط في حفظ الحقوق، سواء في الأحوال الشخصيَّة، أو في الجنايات، فالقاضي في الأحوال الشخصيَّة لا يحكم بمجرد الظنون الخاطئة، بل يلغي هذه الظنون، فله مثلاً أن يأمر الزوجة برد ما أنفقه عليها زوجها إذا كان الزوج قد أُمر بالإنفاق عليها وهي مطلقة على ظن أنها حامل، ثم تبين بعدَ ذلك عدم حملها، لأن العبرة للواقع لا للظن، وواقع الأمر أنها ليست بحامل[2]، وللقاضي في القضايا الجزائيَّة أن لا يحكم بمجرد الظنون الخاطئة، بل إن هذا يتأكد في حقه، لما في الأحكام الجزائيَّة – في الغالب – من عقوبات تمس بدن الفرد وحريته، ولما في القضايا الجزائيَّة من الشبهات التي تفيد المتهم، فللقاضي – مثلاً – أن لا يحكم بحد الزنى على من وطئ امرأة يظنها زوجته، ثم تبين أنها ليست زوجته؛ لأنَّ الاعتبار لمَا في واقع الأمر، وواقع الأمر أنه وطئها على أنها زوجته لا لقصد الزنى[3].

ثامنًا: أن هذه القواعد تفيد في اتخاذ أيسر الإجراءات عند تنفيذ العقوبات.

وهذا واضح من خلال مراعاة القواعد المقاصديَّة عند التنفيذ، فمن إجراءات ما قبل التنفيذ – والتي يراعى فيها مقاصد الشريعة في حق المحكوم عليه –: البحث عن حاله، فقد تكون المحكوم عليها امرأة حاملاً، فلذلك يؤخر العقاب عنها حتى تضع حملها، دفعًا للضرر عن الحمل، وقد يكون وقت التنفيذ أيام أعياد، فيؤخر العقاب عن المحكوم عليه حتى تنقضي هذه الأيام، للتيسير عنه في هذه الأيام، وقد يكون المحكوم عليه مريضًا، فلذلك يجب الكشف عن حال المحكوم عليه قبل التنفيذ، ومعرفة وضعه الصحي، خصوصًا في عقوبات القطع، والجلد، حتى لا يؤدي التنفيذ إلى هلاكه أو الإضرار به أضرارًا زائدة عن العقوبة المقررة في حقه، ولذلك فإن المرأة إذا كانت نفاسًا لا تقوى على العقوبة، فإنه يؤخر عنها العقاب، حتى تكون قوية

---

(١) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٦٤.

(٢) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/١٩٤؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٣٩.

(٣) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/١٩٤؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٤٤٠.

يؤمن تلفها، ولئلا تفضي العقوبة إلى تلف ولدها أيضاً[1].

ومن إجراءات وقت التنفيذ – التي يراعى فيها مقاصد الشريعة في حق المحكوم عليه: أن يتم التنفيذ بأسرع الوسائل، ففي عقوبات القطع مثلاً ينبغي اتخاذ أسرع الآلات في تنفيذ ذلك، وفي عقوبات الجلد يجب مراعاة كل الأمور التي تؤدي إلى عدم هلاك المجلود، حيث يجب تنفيذ الجلد في أوقات – وبأدوات، وفي أوضاع – لا تؤدي إلى هلاك المجلود أو الإضرار به أضراراً زائدة على عقوبة الجلد، وهذا واضح من حال المريض الذي لا يرجى برؤه، حيث لا ينفذ جلده في وقت الحر والبرد الشديدين، ولا بسوط معتاد، بل يتخذ في جلده آلة غير السوط – أو سوط فيه فروع بعدد الجلدات – كما يراعى اتخاذ وسائل سريعة لتنفيذ عقوبة القطع، ولذلك فلا مانع من أن يتم القطع بعملية جراحية حديثة ما دام لا يترتب على القطع مضاعفة العقوبة وسريانها إلى كافة البدن، ولكن مع ملاحظة أن مجال الاجتهاد في اتخاذ آلات العقاب لا يشمل كل العقوبات، فهناك عقوبات لا يجوز الاجتهاد في آلتها أو استبدالها بآلة أخرى، كما هو الحال في آلة عقوبة الرجم، فإن آلة عقوبة الرجم حتى الموت هي الرمي بالحجارة أو ما شابهها، فمن غير الجائز استبدال الرجم بالحجارة في جريمة الزنى بآلة أخرى، ومن الأمور التي تراعى فيها مقاصد الشريعة في كل أحوال إجراءات التنفيذ: أنه لا يجوز إسناد التنفيذ إلى المحكوم له، فالعقوبات لا يقيمها إلا الإمام أو نائبه، لأنه لا يؤمن الحيف عند قيام المحكوم له باستيفاء العقاب، ولأن إقامة العقوبات يفتقر إلى أمور يجب مراعاتها – كما سبق القول – فوجب تفويض ذلك إلى الإمام باعتباره المسئول عن الرعية، فمثلاً لا ينفرد المقذوف باستيفاء عقوبة الجلد، لأن جلده لقاذفه غير مضبوط في شدته وإيلامه، ولأنه لو فوض إلى الخصم إقامة العقوبة بخصمه لأوغل في تعذيبه، وقد يكون ذلك محرك للفتن، ولذلك كله لا يقع العقاب بيد الخصم لما في ذلك من فتح باب التظالم، والهرج، والفساد[2].

---

(١) المغني، لابن قدامة، ٨/١٦١، ١٧٢.

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٣٦٥؛ قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ١/١٢٩؛ الروض المربع، للبهوتي، ومتنه: زاد المستقنع، للحجاوي، ٤٤٤.

وتطبيقًا لقواعد مقاصد الشريعة في التيسير ورفع الحرج، فإن الاستعانة بالأطباء المتخصصين عند تنفيذ عقوبات القصاص في الأطراف أمر لا مناص منه، فإن قالوا بإمكان التنفيذ بلا حيف نفذ القصاص، وإلا استبدلت العقوبة بالدية، أو الأرش، بحسب الأحوال.

والخلاصة: أن الترفق بالمحكوم عليه أثناء تنفيذ العقوبة مبني على قواعد دفع الضرر ورفع الحرج عن الناس.

أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة في رفع الضرر والتيسير في قانون الجرائم والعقوبات اليمني

من الأمثلة التطبيقية للإفادة من قواعد مقاصد التشريع برفع الضرر والتيسير في قانون الجرائم والعقوبات ما يلي: —

أولاً: التطبيق في التجريم والعقاب

نصت المادة رقم (١١) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات على أن: "الجرائم قسمان: (١) الجرائم المعاقب عليها بالحدود والقصاص، (٢) الجرائم التي يعزر عليها"، فهذا النصّ يدل على أن كل جريمة – سواء أكانت من جرائم الحدود، أو من جرائم القصاص، أو من جرائم التعازير -- لها عقوبتها، لأن أساس اعتبار الفعل جريمة – هو ما فيه من ضرر يصيب الفرد أو الجماعة، والضرر هو ما يمس مصالح الفرد القائمة على حفظ مصالحه الضرورية، وهي: الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والنسل، والمال، كما أن الضرر الذي يصيب الجماعة يكون بما يصيب نظامها الاجتماعي ومرتكزاته من أمن واستقرار وأخلاق وقيامه على معاني الدين[١]، كما أن العقوبات شرعت لدرء الفساد بين الناس وزجرًا عن ارتكاب الجرائم، ليبقى العالم على الاستقامة، فإخلاء العالم عن إقامة الزواجر يؤدي إلى انخرام نظام الاستقامة، وفيه من الفساد ما لا يخفى، ذلك أن الطباع البشرية والشهوات مائلة إلى قضاء الشهوة واقتناص الملاذ من الشرب، والزنى، والتشفي بالقتل، وأخذ مال الغير، والاستطالة على الغير بالشتم والضرب، خصوصًا من القوي على الضعيف، فاقتضت الحكمة شرعية العقوبات حسمًا للفساد وزجرًا عن ارتكابه[٢].

---

(١) نظرات في الشريعة الإسلامية، د. عبد الكريم زيدان، ١٥٤.

(٢) الاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٤/٧٩.

ومن الأمثلة التطبيقية لإزالة الضرر في قانون الجرائم والعقوبات اليمني: النصّ على مشروعية الحدود في كثير من مواده، فحد الزنى نصَّت عليه المادة رقم (٢٦٣) بقولها: "يعاقب الزاني والزانية في غير شبهة أو إكراه بالجلد مائة جلدة حدًا إن كان غير محصن، ويجوز للمحكمة تعزيره بالحبس مدة لا تجاوز سنة، وإذا كان الزاني أو الزانية محصنًا يعاقب بالرجم حتى الموت".

وحدّ اللواط نصَّت عليه المادة رقم (٢٦٤) من نفس القانون بقولها: "يعاقب اللائط والملوط ذكرًا كان أو أنثى بالجلد مائة جلدة إن كان غير محصن، ويجوز تعزيره بالحبس مدة لا تجاوز سنة، ويعاقب بالرجم حتى الموت إن كان محصنًا" فالزنى واللواط فيهما هتك للعرض وإفساد للأخلاق، وكل هذا ضرر لابد من دفعه، وذلك بمشروعية العقوبات في حق الزاني واللائط، والملوط به.

ونصت المادة رقم (٢٨٣) من نفس القانون على حدّ شرب الخمر بقولها: "يعاقب بالجلد ثمانين جلدة حدًا كلّ مسلم، بالغ، عاقل، شرب خمرًا..."

ونصت المادة رقم (٢٨٩) من نفس القانون على حد القذف بالزنى بقولها: "كلّ من قذف محصنًا بالزنى أو بنفي النسب وعجز عن إثبات ما رماه به يعاقب بالجلد ثمانين جلدة حدًا".

ونصت المادة رقم (٢٩٨) من نفس القانون على حدّ السرقة بقولها: "كلّ من سرق نصاب (هكذا، والصواب: نصابًا) وتوافرت في فعله شروط الحد تقطع يده اليمنى من الرسغ حدًا....".

ونصّت المادة رقم (٣٠٧) من نفس القانون على حدّ الحرابة بقولها: "يعاقب المحارب: أولاً: بالحبس مدة لا تزيد عن خمس سنوات إذا اقتصر فعله على إخافة السبيل. ثانيًا: بقطع يده اليمنى من الرسغ ورجله اليسرى من الكعب إذا أخذ مالاً منقولاً مملوكًا لغيره، ويعاقب شريكه الذي لم يأخذ مالاً بالحبس مدة لا تزيد على عشر سنوات. ثالثًا: إذا أدى فعل أي من المحاربين إلى موت إنسان تكون عقوبته الإعدام حدًا ويعاقب من لم يسهم في القتل مدة لا تزيد على خمسة عشر عامًا. رابعًا:

بالإعدام والصلب إذا اخذ مالا وقتل شخصًا، ويعاقب من لم يسهم في الأخذ أو القتل بالحبس مدة لا تزيد على خمسة عشر عامًا، ولا تخلّ العقوبات المتقدمة بحق ولي الدم في الدية والأرش بحسب الأحوال".

ونصت المادة رقم (٢٥٩) من القانون نفسه على حدّ الرِّدَّة بقولها: "كلّ من ارتد عن دين الإسلام يعاقب بالإعدام بعد الاستتابة ثلاثًا وإمهاله ثلاثين يومًا..."

فهذه النُّصوص قاطعة الدّلالة على شرعية الحدود في القانون اليمني، وذلك حفظًا للدين، والأنفس، والأموال، والأعراض، والأنساب، والعقول، وفي هذا موافقة لما هو مقرر في عقوبات الحدود في الشريعة الإسلامية، فالحدود كلها شرعت دفعًا للضرر عن الأمة، وجلبًا لمصالحها[1]، فحد الزنى شرع لدفع الضرر والمفاسد المتمثلة في اختلاط الأنساب، ودفعًا للمعرة اللاحقة بأهل المزني بها، وعصباتها وأقاربها، كما أن في حد الزنى دفع ضرر من جهة أخذ الاحتياط الشديد في إثباته والمبالغة في ستره، فلم يقبل فيه إلا أربعة شهود يصفون الفعل وصف مشاهدة ينتفي معها الاحتمال، وفي حد القذف دفع ضرر الجناية على الأعراض وزاجر لها عن الهتك، ودفع ضرر عن المجني عليه وهو المقذوف، حيث قد هتك القاذف عرض المقذوف بالقذف، فجعل حدّ القذف تبرئة لعرض المقذوف، وتكذيبا للقاذف الذي لا سبيل للناس إلى العلم بكذبه، إذ العار يلحق المقذوف من القذف بين أهله وتتشعب ظنون الناس حوله بين مصدق ومكذب، وفي حدّ السرقة دفع ضرر الجناية على الأموال بسرقتها، فالأموال وسيلة يتوسل بها إلى مصالح الدنيا، ويتقرب بها الخلق إلى رب العباد، والسارق لا يمكن الاحتراز عنه، فإنه ينقب الدور ويهتك الحرز ويكسر القفل، ولا يمكن لصاحب المتاع الاحتراز بأكثر من ذلك، فلو لم يشرع قطع

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم ٩٤؛ القواعد، للعلائي، ٣٧٨/٢- ٣٧٩؛ القواعد، للحصني ٣٣٥/١ ــ ٣٣٦؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٨٣/١؛ روضة الناظر، لابن قدامة، ٤١٤/١، ٤١٥؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٤٦/٢، ٤٩، ٥٩.

يده لسرق الناس بعضهم بعضًا وعظم الضرر بهم، وفي حدّ الجرابة دفع ضرر الجناية على النفوس بقتلها وإخافتها، ودفع ضرر الجناية على الأموال بأخذها بالقوة، فكان من عدل الله أن جعل حدّ الحرابة عقابًا للمحارب، كما جعل له دفع الضرر عن نفسه ورفع العقوبة بالتوبة قبل القدرة عليه، وفي حدّ الخمر دفع ضرر زوال العقول بشرب الخمر، وما قد يؤدي إليه من مفاسد الاعتداء على الأنفس والأموال، كما أن العقل هو أشرف المخلوقات، والله تعالى لا يحب الفساد في الشيء اليسير فما الظن بالعقل الذي ميز الله به الإنسان على سائر المخلوقات؟ وفي قتل المرتد دفع ضرر التعدي على الدين والاستهانة به، فشرع قتله صيانة للدين، وهكذا، فإن الزنى، والقذف، والسرقة، والحرابة، وشرب الخمر، والردّة، لمّا كانت كلها جرائم وهي مفاسد واعتداء على الأعراض والأموال والأنفس، والعقول، والدين، وهذه هي الضروريات التي لابد من المحافظة عليها، فإنه قد شرعت الزواجر للحفاظ على هذه الضروريات(1).

وفي مشروعية الحدود تطبيق لقاعدة: "**إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفهما**"، فإذا كان في جلد الزاني غير المحصن ونفيه، ورجم المحصن، مفسدة في حق كلّ منهما وضرر عليهما، إلا أن تلك المفسدة أقل من مفسدة اختلاط الأنساب وهتك الأعراض بالزنى، وفي إقامة حد الزنى تحقيق مصلحة هي حفظ الفروج، والأنساب، ودفع العار، فقدمت مصلحة حفظ الفروج والأنساب على مفسدة حد الزاني من الجلد والرجم، وإقامة حد الشرب على شارب الخمر وإن كان فيه مفسدة في حقه، إلا أنها مفسدة أقل من فساد زوال العقل، وطيشه، واختلاله بشرب الخمر، وفي إقامة الحد عليه حفظ للعقل من الطيش والاختلال، وهذه مصلحة مقدمة على مفسدة إقامة الحدّ، وإذا كان في حد القاذف مفسدة في حقه، إلا أنها مفسدة أقل من مفسدة هتك الأعراض بالقذف، ولذلك شرع حد القذف صيانة لها، وهذه

---

(1) القواعد، للعلائي، 2/379؛ القواعد للحصني، 1/335 – 336؛ روضة الناظر، لابن قدامة، 1/414، 415.

مصلحة ومصلحة حفظ الأعراض وصيانتها مقدمة على مفسدة حدّ القاذف، وحدّ قطاع الطريق إذا كان فيه مفسدة في حقهم إلا أنها أقل من مفسدة ضياع النفوس والأموال والأطراف، تلك المفسدة الناشئة عن الحرابة، وحفظًا لكل ذلك شرع حد الحرابة، فقدمت مصلحة حفظ كل ذلك على مفسدة حد قطاع الطريق، وقطع يد السارق وإن كان إفسادًا لها إلا أن مفسدة قطعها أقل من مفسدة ضياع الأموال والاعتداء عليها، ففي قطع اليد زجر من الاعتداء على الأموال وحفظ لها، فقدمت مصلحة حفظ جميع الأموال على مفسدة قطع يد السارق، وقتل المرتد إذا كان مفسدة في حقه، إلا أنه جاز دفعًا لمفسدة الكفر والارتداد عن الدين والتلاعب به، وفي قتله مصلحة حفظ الدين، فقدمت تلك المصلحة على مفسدة قتله[1]، وقتال البغاة إذا كان مفسدة في حقهم لكنه يجوز دفعًا لمفسدة الفتن، والاقتتال، وتفكك وحدة الدولة، ففي قتال البغاة مصلحة لحفظ الأموال، والأنفس، فقدمت تلك المصلحة على مفسدة قتالهم[2] إذ إنّ عدم استتباب الأمر يؤدي إلى ضعف المسلمين، وهو عامل من عوامل الفرقة بينهم.

وتطبيقًا لإزالة الضرر في جرائم القصاص فقد نص القانون اليمني على عقوبة القصاص في النفس في المادة رقم (٢٣٤) من قانون الجرائم والعقوبات، حيث جاء فيها: "من قتل نفسًا معصومة، عمدًا، يعاقب بالإعدام قصاصًا، إلا أن يعفو ولي الدم، فإن كان العفو مطلقًا، أو بشرط الدية، أو مات الجاني قبل الحكم، حُكم بالدية..."، ونصت المادة رقم (٢٤٣) من نفس القانون على القصاص في الأطراف بقولها: "يعاقب بالقصاص بمثل ما فعل كل من اعتدى على غيره بأي وسيلة وألحق بجسمه عمدًا عاهة مستديمة، بأن قصم له مفصلاً، أو قلع له عينًا، أو صلم له أذنًا، أو

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ٧٨/١، ٨٠، ٨١.

(٢) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ٧٤/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٦٨/١؛ قواعد العلائي، ٣٨١/٢؛ قواعد الحصني، ٣٣٨/١.

أحدث به جرحًا يمكن ضبطه بمقدار..."، فهذان النصان صريحان في القصاص في القتل، وفي القصاص في الجروح المنضبطة، وذلك حفظًا للأنفس، والأطراف، ودفعًا للفساد بين الناس، وهذا يتفق مع الغاية من عقوبة القصاص في النفوس وفيما دون النفس في الشريعة الإسلامية، فالمقصد الأكبر من العقوبات هو زجر الجاني وغيره من مرتكبي الجرائم، ففي عقوبة القصاص في النفوس يقول الله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ ﴾(١)، ويقول في القصاص في غير النفوس: ﴿وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾(٢)، فالقصاص مشروع رفعًا لضرر التعدي على النفوس، وحماية وحفظًا لها، وتقليلاً للقتل بين الناس، والقصاص في الأعضاء مشروع لرفع ضرر التعدي عليها وحفظًا لمنافعها، فإزهاق النفوس والاعتداء على الأعضاء بدون وجه حق من أعلى المفاسد، وفي الجناية على الأعضاء تفويت للانتفاع بها في الطاعات والعبادات والمعاملات والأغراض التي خلقت لأجلها(٣)، ولدفع هذه المفاسد شرع القصاص، كما أن في القصاص في النفوس والجراح زجرًا وردعًا لغير الجاني، فالقاتل إذا اقتص منه فإن غيره يرتدع وينزجر من الإقدام على القتل، فالشخص إذا فكّر بقتل غيره فإنه يبتعد عن ذلك إذا علم أن عقوبته القصاص، وكذلك الشأن في الأطراف، فإن الشخص إذا فكر بالجناية على طرف من أطراف غيره فإنه يبتعد عن ذلك إذا علم أن عقوبته القصاص، فلما كان القتل والجراح جرائم ومفاسد فقد شرعت لها الزواجر بالقصاص في الأرواح والأطراف.

ولا يخفى ما في القصاص من دفع ضرر كبير عن المجتمعات، فالقصاص يؤدي إلى استقرارها وعدم التنازع والتقاتل، ممّا يجعل المجتمع قويًا متمسكًا بإزالة

---

(١) من الآية ١٧٩ من سورة البقرة.

(٢) من الآية ٤٥ من سورة المائدة.

(٣) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٤؛ أحكام القرآن، لابن العربي، ١٢٠٨/٣؛ قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١٢٩/١؛ القواعد، للعلائي، ٣٧٨/٢؛ القواعد، للحصني، ٣٣٥/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٦٧/١؛ روضة الناظر، لابن قدامة، ٤١٤/١-٤١٥.

عوامل ضعفه، كما أن في شرعية القصاص في النفوس والأطراف تطبيقًا لقاعدة: تعارض المفسدتين، فإن القاعدة هي: أنه "**إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمها ضررًا بارتكاب أخفهما**"، فقتل الجاني وإن كان فيه مفسدة في حقه بتفويت حياته إلا أن هذه المفسدة أقل من مفسدة ضياع النفوس وإزهاق الأرواح، فلذلك جاز قتله لما فيه من حفظ حياة الناس على العموم[١]، وذلك لقوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾[٢]، كما أن القصاص في الأعضاء من الجاني وإن كان مفسدة في حقه بتفويت بعض أعضائه، لكن ذلك مفسدة أقل من مفسدة ضياع كثير من أعضاء الناس وجرحهم بدون وجه حق، فلذلك جاز القصاص في الأطراف بقطع أعضاء الجاني حفظًا لأعضاء الناس، وجاز جرح الجاني حفظًا للأمة من الجراح[٣].

ومن مظاهر التخفيف والتيسير في العقوبات ما يلي: -

١ – أن العقوبات ليست على درجة واحدة بل تختلف باختلاف الجرم:

فمثلاً عقوبة الزنى تختلف في البكر عنه في المحصن، فالبكر لا يعاقب بالرجم حتى الموت، بينما يعاقب المحصن المتزوج بذلك، لأنه قد أحصن واستغنى بزوجته وأحرز نفسه عن التعرض لحد الزنى، فزال عذره في ارتكاب الحرام، في حين أن البكر لم يعلم ما علمه المحصن، فحصل له من العذر بعض ما أوجب له التخفيف، فحقن دمه، وزجر بإيلام جميع بدنه بالجلد ردعًا له عن المعاودة للاستمتاع بالحرام[٤]، وعقوبة شارب الخمر، مثلاً، تختلف عن عقوبة المرتد، فشارب الخمر لا يعاقب بالقتل، بينما يعاقب المرتد بذلك، لأن المرتد بارتداده قد أفسد المجتمع بالاستهتار بالدين، بينما شارب الخمر أفسد عقله، وقد يصحو بعد حين من حالة

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ٨٠/١.

(٢) من الآية ١٧٩ من سورة البقرة.

(٣) قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ٨٠/١.

(٤) إعلام الموقعين، لابن القيم، ٨١/١.

السكر، فحقن دمه، وزُجر بإيلام جميع بدنه بالجلد ردعًا له عن المعاودة للاستمتاع بالجُرام، لأن ضرر فساد عقله أقل من ضرر الارتداد، ولأن ضرر إفساد العقل لا يزال بضرر القتل، لأن القتل عقوبة كبيرة، والضرر يزال بمثله[1].

٢ – التخفيف بتخيير مستحق القصاص بين القصاص وبين الدية

نصت المادة رقم (٥١) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على تخيير مستحق القصاص بين القصاص من الجاني، وبين أخذ الدية منه، وبين العفو مجانًا، بقولها: "من يملك القصاص يملك العفو، ويكون العفو بلا مقابل، أو مطلقًا، أو بشرط الدية أو الأرش..."، ونصت المادة رقم (٥٢) من القانون نفسه على من يملك حق العفو، وهو المجني عليه أو ورثته، بقولها: "لا يكون لغير المجني عليه، أو لغير ورثته أنفسهم حق العفو".

وبتطبيق هذين النصين على قواعد التيسير ورفع الحرج، يمكن القول: إن تخيير مستحق القصاص بين القصاص من الجاني، وبين أخذ الدية منه، وبين العفو بلا مقابل، هو مظهر من مظاهر التخفيف، وإليه الإشارة بقوله تعالى: ﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴿٣٣﴾ ﴾[2]، فالله سبحانه وتعالى قد جعل للأولياء الوارثين سلطة على القاتل، فالولي بالخيار فيه، إن شاء قتله قودًا، وإن شاء عفا عنه على الدية، وإن شاء عفا عنه مجانًا[3]، ولكن التخفيف لا ينحصر في جانب ولي الدم وحده، بل هو موجود أيضًا في جانب الجاني، فالتخفيف في جانب ولي الدم يتمثل في تخييره بين القصاص من الجاني وبين أخذ الدية وبين العفو عنه، فلو شرع له القصاص دون تخييره بين القصاص وبين الدية وبين العفو، لألزم بالقصاص، وفي هذا مشقة على ولي الدم لأنه قد يميل إلى العفو مجانًا، وقد يميل إلى مال يعفو به عن الجاني لحاجته للمال، فشرع له التخيير بين القصاص

(١) روضة الناظر، لابن قدامة، ١/٤١٦.

(٢) من الآية ٣٣ من سورة الإسراء.

(٣) أحكام القرآن، لابن العربي، ٣/١٢٠٨، ١٢٠٩؛ فتح القدير، للشوكاني، ٣/٢٨١.

وبين الدية وبين العفو، من باب التيسير عليه، ولو كان الواجب على ولي الدم أخذ الدية فقط دون اختيار القصاص لشق عليه ذلك، لأنه قد يميل إلى القصاص تشفيًا بالجاني، وأما التخفيف والتيسير في جانب الجاني، فيتمثل في مشروعية الدية والعفو، لأنه لو لم يشرع إلا القصاص لشق ذلك على الجناة، ولذلك كان في التخيير بين القصاص وبين الدية وبين العفو مجانًا تيسيرٌ على الجاني والمجني عليه معًا، وفي الإلزام بأحد تلك الأمور مشقة[1]، كما أن في المطالبة بالدية عند العفو وفي أدائها تخفيفًا على ولي الدم من حيث تسليم الجاني الدية، إليه بإحسان، وفيه أيضًا تخفيف على الجاني من حيث مطالبته بالدية بمعروف، وإليه الإشارة بقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِنْ رَبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ فَمَنِ اعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ (١٧٨)﴾[2].

ثانيًا: التطبيق في استبعاد صفة الجريمة عند استعمال الحق وأداء الواجب

نصت المادة رقم (٢٦) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه: "لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون، أو قيامًا بواجب يفرضه القانون، أو استعمالا لسلطة يخولها"، فهذه المادة تضمنت أمورًا ثلاثة، هي: استعمال الحق، وأداء الواجب، واستعمال السلطة، وهذه الأمور تعتبر من صور الإباحة في أغلب التشريعات الوضعية[3]، وأسباب الإباحة: هي "عبارة عن حالات ينتفي بسببها الركن الشرعي للجريمة، فهي تنفي عن الفعل صفة الحرمة وتجعله مباحًا"[4]، ومن شأن أسباب الإباحة أن تنعدم فيها – بطريقة تلقائية وبدهية – الصفة الإجرامية

---

(١) القواعد، للعلائي، ١/٣٦٩– ٣٧٠؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/١٦١.

(٢) من الآية ١٧٨ من سورة البقرة.

(٣) شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامة للجريمة، د. على حسن الشرفي، ١/١٦٤؛ النظام الجنائي – أسسه العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي– د. عبد الفتاح خضر، ١/١٧٩.

(٤) شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامة للجريمة، د.على حسن الشرفي، ١/١٦٠.

للواقعة التي لها في القانون صورة الجريمة[١]، أي أنه يترتب على أسباب الإباحة: انتفاء المسئولية الجنائيَّة، والمسئولية المدنية، فيصير الفعل كسائر الأفعال المباحة، ولذلك فإن أسباب الإباحة تهدم الركن الشرعي تمامًا فلا يكون الفعل جريمة[٢].

ومن أمثلة صور الإباحة: تأديب الوالد لابنه، والدفاع الشرعي[٣] – كما سيأتي لاحقًا[٤] – وإباحة القتل في القصاص[٥]، إذ هو حق يتقرر شرعًا لأولياء الدم، فإذا قتل ولي الدم القاتل عمدًا بالقصاص، فلا يكون عليه شيء أصلاً، لأن القصاص حق مقرر لمصلحة أولياء الدم، فإن شاءوا قتلوا الجاني، وإن شاءوا عفوا، وعلة الإباحة في اقتصاص ولي الدم من الجاني: هي أن قتل الجاني قصاصًا لم يعد محرمًا في حق ولي الدم.

ومن الأمثلة الواضحة للقيام بالواجب ولسبب الإباحة: قيام الجلاد بقطع رقبة المحكوم عليه، أو قطع يد السارق، فإنّ فعله هذا لا يعتبر عدوانًا أو اعتداء، وإنما هو استعمال لأداء واجب[٦]، وأحكام القضاة التي يحكم فيها القاضي – مثلاً – بقتل الجاني الذي ارتكب جريمة القتل، لا تعتبر جريمة، ولا عدوانًا، لأن هذا من القتل المباح أداءً للواجب، لأن في ذلك تنفيذًا لأحكام الشرع، والواجب على القاضي الحكم بالشرع[٧].

ثالثًا: التطبيق في مبدأ الدفاع الشرعي

نصت المادة رقم (٢٧) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه: "تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا واجه المدافع خطرًا حالاً من جريمة على نفسه، أو عرضه،

---

(١) القانون الجنائي- المدخل وأصول النظرية العامة- د. علي راشد، ٤٦٩، ٤٩١، ٤٩٥.
(٢) شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٦١/١.
(٣) القانون الجنائي- المدخل وأصول النظرية العامة- د. علي راشد، ٤٩١
(٤) انظر البند التالي لهذا البند من هذا المبحث.
(٥) شرح قانون الجرائم العقوبات، القسم الخاص، د. على حسن الشرفي، ٨٣.
(٦) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ٤٧٩/١.
(٧) شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص، د.علي حسن الشرفي، ٨١.

أو ماله، أو نفس الغير، أو عرضه، أو ماله، وكان من المتعذر عليه الالتجاء إلى السلطات العامّة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب، ويجوز للمدافع عندئذ أن يدفع الخطر بما يلزم لرده، وبالوسيلة المناسبة"، فهذا النصّ وَضَع الشروط العامّة لتوافر حالة الدفاع الشرعي[1]، التي هي سبب من أسباب الإباحة التي تنعدم معها الصفة الإجرامية للفعل، إذ إنّ الدفاع الشرعي يقصد به: درء فاعل الدفاع الشرعي لخطر حالّ ومباشر، عن نفسه، أو عرضه، أو ماله، أو عن نفس الغير، أو عرضه، أو ماله، مع الأخذ في الاعتبار أن حالة الدفاع الشرعي لا تقوم إلا إذا واجه المدافع خطرًا، حالاً، ومباشرًا، مصدره جريمة من الجرائم الموجهة ضد الأنفس، أو الأعراض، أو الأموال[2].

والتشريع اليمني كغيره من التشريعات نص على إباحة الدفاع الشرعي تحت عنوان: "أسباب الإباحة"[3]، التي يكون فيها الفعل المحرم مباحًا في حالات معينة – سبق ذكرها – ويترتب عليها: عدم مؤاخذة الفاعل[4]، وسبب النصّ على الدفاع الشرعي في التشريعات: هو أهميته في الحفاظ على حياة الناس، وسلامة أجسامهم، وأعراضهم، وأموالهم[5]، ولذلك فإن الدفاع الشرعي منصوص عليه في القانون اليمني، ليس في القانون الجنائي فحسب، بل في غيره، فقد نصّت المادة

---

(١) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٢٠٦.

(٢) شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص، د. حسن علي مجلي، ١٨٥، ١٨٧.

(٣) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٢٠٦.

(٤) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ٤٦٧/١؛ دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي الإسلامي، د. محمود نجيب حسني، ٥.

(٥) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٢٠٦.

رقم (٣٠٧) من القانون المدني، على أنه: "من أحدث ضررًا وهو في حالة دفاع شرعي، عن نفسه، أو عرضه، أو ماله، أو عن نفس الغير، أو عرضه، أو ماله، كان غير مسئول عن تعويض هذا الضرر، على أن لا يُجاوز القدر الضروري، فإذا جاوز القدر الضروري، ألزم بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة"، فهذا النصّ صريح – كالنص المذكور آنفًا في قانون الجرائم والعقوبات اليمني – في أن الدفاع الشرعي من شرطه: أن يكون بقدر دفع الضرر، وأنّ حالة الدفاع الشرعي تتمثل في الدفاع عن النفس، أو العرض، أو المال، وأنه لا يترتب على المدافع مسئولية إذا كان الدفع بالقدر اللازم لدرء الخطر.

وبتطبيق قواعد التيسير ورفع الضرر على مبدأ الدفاع الشرعي، يمكن القول: إن إباحة الدفاع الشرعي تعتبر رخصة، وهذه الرخصة ورفع الحرج هي ما يعلّل بها شراح القانون إباحة الدفاع الشرعي، فالدكتور/ عوض محمد يقول ـــ عن حالة الدفاع الشرعي: إنه يقع فيها "التعارض بين حقين: أحدهما: خاص بالمعتدى عليه، والآخر: خاص بالمعتدي، والحقّان يتكافآن من الناحية المجردة، فكلاهما خليق بالحماية، غير أنه لمّا كانت التضحية بأحد الحقين أمر لا مناص منه، فحق المعتدي أولى بأن يُضحى به، لأن عدوانه يهبط بالقيمة الاجتماعيّة لحقه من جهة، ولأنه يصيب – فضلاً عن حق المعتدى عليه – حقًا آخر هو حق المجتمع، وعلى ذلك فالدفاع الشرعي يباح، لأنه وإن أصاب حقًا للمعتدي إلا أنه أصاب حقين؛ أحدهما خاصًا بالمعتدى عليه، والآخر خاصًا بالمجتمع، وهذا الحق الأخير جوهري وصيانته واجبة، وفيه تكمن علة الإباحة إلى حد كبير"[1].

وبتطبيق قاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**" على مبدأ الدفاع الشرعي، يمكن القول: إن الدفاع ضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، ولهذا فإنه إذا كان قد أبيح للمدافع رد العدوان، فإنه لا يجوز له أن يستخدم من الوسائل وألاّ يُحدث من

---

(١) قانون العقوبات، القسم العام، ١٢٧.

الأضرار إلا ما يقتضيه رد العدوان، وهذا يفرض عليه أن يُلحق أدنى الأضرار بأدنى الحقوق[١]، ولهذا فإن الدفاع الشرعي لا يتحقق إلا بشروط، لابد من استعراضها.

شروط الدفاع الشرعي

النصان القانونيَّان المذكوران آنفًا يكشفان حالة الدفاع الشرعي، ويوضحان أنها لا تتوافر حتى يَظْهر خطر في مواجهة الشخص يستدعي ردًّا من قبله، وأنه لا بد أن تتوافر في هذا الخطر شروط، وفي الرد الموجه ضده شروط، أي أن للخطر المُبَرِّر للدفاع الشرعي شروطًا، ولفعل الدفاع الشرعي شروطًا، ولهذا فإن شروط الدفاع الشرعي تنقسم إلى قسمين[٢]، هما:

القسم الأول: شروط الخطر المبرِّر للدفاع الشرعي

وهي الشروط التي تبيح القيام بفعل الدفاع الشرعي[٣]، وهي: -

١- **حلول الخطر:** وصفت المادة رقم (٢٧) المذكورة آنفًا من قانون الجرائم والعقوبات اليمني الخطر المبرر لقيام حالة الدفاع الشرعي: بأنه حالّ، أي أنه "وَضْع ينذر بخطر وشيك يكاد أن يقع بحيث لا يكون بينه وبين الوقوع إلا وقت قصير جدًا لا يسع الشخص أن يبحث عن مخرج منه غير الدفاع"[٤]، وهذا معناه: أن الخطر الحالّ هو الذي ينذر بعدوان لم يقع بعد، ولكنه على وشك الوقوع، فإن لم يكن الخطر والاعتداء حالاً فإن عمل المُعْتَدَى عليه لا يعتبر دفاعًا، وإنما اعتداء، لأن الدفاع لا

---

(١) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ١٦١، ١٦٢.

(٢) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د.علي حسن الشرفي، ٢٠٦، ٢٠٧.

(٣) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ١٢٩، ١٣٠، ١٣٣.

(٤) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٢٠٧.

يوجد إلا إذا تحقق الاعتداء في الفعل، أو ظن الشخص وقوع الاعتداء عليه، فحلول الاعتداء هو الذي يخلق حالة الدفاع، ومن ثم فإن التهديد بالاعتداء ليس محلاً للدفاع، وحتى إذا اعتبر التهديد اعتداء في ذاته فإنه يجب أن يندفع بما يناسبه، والالتجاء للسلطات كافٍ لحماية المصول عليه من التهديد[1]، والتحقق من أن العدوان المهدّد بالخطر على وشك الوقوع يتمثل في صدور أفعال من المعتدي تجعل من المنتظر أن يبتدئ العدوان على الفور[2] - كما لو اتضح أن المعتدي قد شهر سلاحه مثلاً، أو أنه بسبيل شهره؛ وأنه سائر بجدية في طريق العدوان - فإن هذا الوضع ينذر بخطر وشيك يبيح الدفاع الشرعي، والعِلّة في وضع هذا الشرط (أي شرط الخطر الحال) هي أن المعتدى عليه يكون مع حلول الخطر عاجزًا عن اللجوء إلى السلطة العامّة أو نحوها لتدفع عنه الخطر، وعندئذ سيكون بين خيارين؛ إما الانتظار للعدوان ينزل به، وإمّا رده ودفعه عن نفسه، فأذن له الشارع بالرد، ولم يلزمه بالانتظار، تغليبًا لمصلحته على مصلحة المعتدي الآثم[3].

٢ - **عدم مشروعية الخطر الحال من قبل الصائل[4]**: وصفت المادة سالفة الذكر الخطر المبرر لقيام حالة الدفاع الشرعي بأنه:"إذا واجه المدافع خطرًا حالاً من جريمة، على نفسه، أو عرضه، أو ماله، أو نفس الغير، أو عرضه، أو ماله..."، ومعنى هذا: أنه يجب أن يكون الخطر الحالّ ناجمًا عن فعل غير مشروع، أي تقوم به جريمة ويوصف هذا الفعل بأنه عدوان، وحينئذ فإن حالة الدفاع الشرعي لا تقوم إلا إذا كان الفعل الذي مصدره الخطر من الأفعال المحظورة بمقتضى النصوص

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ٤٨٢/١؛ شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٢٠٧/١.

(٢) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمنى، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. على الشرفي، ٢٠٧.

(٣) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمنى، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. على الشرفي ، ٢٠٨.

(٤) السابق، نفس الجزء، ٢١١.

الشرعيّة او القانونية[1]، وبعبارة اخرى، فإن الشخص لا يعتبر في حالة دفاع شرعي إلا إذا كان هناك اعتداء أو عدوان عليه، فإن لم يكن كذلك فليس في حالة دفاع، فالجلاد حين يقطع رقبة المحكوم عليه، أو حين يقطع يد سارق، لا يعتبر فعله عدوانا أو اعتداء، وإنما هو استعمال لأداء واجب[2]، ولذلك لا يستطيع المحكوم عليه بالقصاص دفع من ينفذ فيه القصاص بحجة أنه مصول عليه، إذ إنّ الجريمة هي الفعل غير المشروع، ولذلك فإن الخطر إذا كان مصدره شخص مجنون، أو صغير، فإن الجنون، والصغر، لا يحولان دون وصف ذلك الخطر بأنه غير مشروع، لأن أفعالهم إذا كان فيها خطر فهي من قبيل الجرائم، إلا أنهما لا يسألان عنها جنائيًا لوجود خلل في قواهم الذهنية أو العقلية تمنع عنهما المسئولية الجنائيّة، ولهذا فإنه إذا أقدم مجنون، أو صغير، على ارتكاب فعل محظور في حق شخص ــ كضربه، أو قتله، أو إتلاف ماله، أو الاعتداء على عرضه – فإن من حقّ الشخص المعتدى عليه أن يرد عن نفسه أو عن غيره ذلك الخطر ولو أدى ذلك إلى إلحاق الأذى بالمجنون، أو الصغير، لأن الشخص المعتدى عليه هو في حاله دفاع شرعي ضد أفعال محظورة وليست مباحة، وهي جرائم حقيقية، ولكن لا يصح إخضاع مرتكبها – كالمجنون، والصبي – للمسئولية الجنائيّة، وأما الدفاع ضد خطر الحيوان، فإن فعل الحيوان لا يوصف بأنه جريمة، لأن خطاب الشرع والقانون لا يوجه إلى البهائم، ولذلك لا تلحق بأفعالها صفة عدم المشروعية، ولكن يصح دفع خطر ذلك الحيوان بموجب أحكام الضرورات[3].

القسم الثاني: شروط فعل الدفاع الشرعي

جاء في آخر نص المادة رقم (٢٧) سالفة الذكر من قانون الجرائم

---

(١) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمنى، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. على الشرفي، ٢١١.

(٢) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ١/٤٧٩.

(٣) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٢١١-٢١٣.

والعقوبات اليمني: أنه "... يجوز للمدافع عندئذ أن يدفع الخطر بما يلزم لرده، وبالوسيلة المناسبة"، وقد أُخذ من هذا النصّ شروط فعل الدفاع الشرعي، التي تعني: أنه يُشترط في رد الفعل الصادر من المعتدى عليه إزاء العدوان الصادر من المعتدي شرطان، هما: اللزوم، والتناسب[1]، وذلك كما يلي: -

١- **شرط اللزوم**: والمراد بهذا الشرط: أنه لا يباح فعل الدفاع الشرعي إلا إذا كان الدفاع الشرعي هو الوسيلة الوحيدة الممكنة لصد العدوان قبل أن يقع[2]، وأن يكون فعلُ الدفاع لازمًا لرد العدوان[3]، ومقتضى هذا الشرط: أنه إذا أمكن دفع الصائل بوسيلة أخرى غير الدفاع وجب استعمالها، فإذا أهمل المصول عليه هذه الوسيلة ودفع الاعتداء فهو معتد، فإذا أمكن دفع الصائل بالصراخ والاستغاثة مثلاً، فليس للمصول عليه أن يضربه، أو يجرحه، أو يقتله، فإن فعل، كان فعله جريمة[4] وإذا وجد المصول عليه نفسه مخيرًا بين عدة وسائل صالحة لاتقاء العدوان، كالالتجاء إلى السلطة العامّة، أو اتّخاذ احتياطات وقائية تجعله بعيدًا عن خطر العدوان دون استعمال العنف، فإنه لا يباح له عندئذ استخدام القوة لدفعه، إذ إنّ تلك القوة لم تكن الوسيلة الوحيدة الممكنة، أي لم تكن لازمة على وجه الحقيقة[5]، وهذا هو مقتضى نصّ المادة رقم (٢٧) من قانون الجرائم والعقوبات سالفة الذكر، التي جاء فيها: "... وكان من المتعذر عليه الالتجاء إلى السلطات العامّة لاتقاء هذا الخطر في الوقت

---

(١) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي ، ٢١٤.

(٢) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٢١٤؛ شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص، د. حسن علي مجلي، ١٨٧

(٣) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ١٥٠.

(٤) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ٤٨٢/١

(٥) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. على حسن الشرفي، ٢١٤-٢١٥؛ شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمنى، القسم الخاص، د. علي حسن مجلي، ١٨٧.

المناسب..."، ويتضح من هذا انه لا يجوز للشخص ان يتولى الدفاع عن نفسه بافعال تضر غيره إلا إذا كانت الظروف لا تسمح للمعتدى عليه باللجوء إلى السلطة العامَّة لحمايته في الوقت المناسب[١].

٢- **شرط التناسب**: ويسمى هذا الشرط أيضًا: شرط التزام حدود الدفاع[٢]، وهذا الشرط مقتضاه: أن فعل الدفاع يجب أن يكون متناسبًا مع الخطر، أي أن يكون بالقدر الضروري لصده[٣]، وهذا الشرط يسمى: دفع الاعتداء بالقدر اللازم لدفعه[٤]، وهذا ما يفيده نص المادة رقم (٢٧) السالفة الذكر من قانون الجرائم والعقوبات، حيث جاء فيها "... يجوز للمدافع عندئذ أن يدفع الخطر بما يلزم لرده بالوسيلة المناسبة"، حيث يشير هذا النصّ إلى مقدار فعل الدفاع، ووسيلته، أما مقدار فعل الدفاع: فيجب أن يكون بما يكفي فقط لدرء الخطر، فإذا كان فعل الدفاع أشد ممَّا يقتضيه دفع الخطر فإن المدافع يكون متجاوزًا حدود الدفاع الشرعي وخارجا عن حدود الإباحة، فالمصول عليه مقيد بأن يدفع الاعتداء بأيسر ما يندفع به المعتدي، وأما الوسيلة: فيجب أن تكون مناسبة أيضًا لدرء الخطر، بحيث إذا كان بين يدي الشخص عدة وسائل، وجب عليه استخدام المناسب منها فإذا استخدم غيرها ممَّا هو أشد فتكًا، فهو متجاوز حدود الدفاع الشرعي أيضًا[٥]، فإذا كان الصراخ مثلاً، يكفي لصد العدوان فلا داعي لاستخدام القوة، وإذا كان الضرب بالعصا ونحوها يكفي لصد العدوان فلا

---

(١) شرح الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي،٢١٥.

(٢) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ١٥٠، ١٦٠.

(٣) شرح الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٢١٦.

(٤) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ٤٨٣/١

(٥) شرح الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٢١٧/١.

داعي لاستخدام آلة تجرح، وإذا كان استخدام الآلة الجارحة يكفي فلا داعي لاستخدام آلة قاتلة، كالسلاح الناري، وهكذا.

ووجه ذلك: أن المقصود من دفع الصائل هو دفعه بالقدر اللازم لرده، فإن اندفع بأسهل ما يُعلم أنه يندفع به فلا حاجة لأكثر منه، ولأن بين الاعتداء وبين الدفاع الشرعي ارتباطا وثيقًا، لأن الدفاع يتولد عن الاعتداء، فإذا انتهى الاعتداء انتهت حالة الدفاع الشرعي، ومن ثم لا يعتبر المصول عليه مدافعًا إذا انتهى الاعتداء، ويُسأل عما يحدث منه بعد انتهاء الاعتداء.

رابعًا: التطبيق في إباحة القتل العمد دفاعًا شرعيًا

نصت المادة رقم (٢٨) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه: "لا يبيح الدفاع الشرعي القتل العمد إلا إذا قصد به دفع فعل يتخوف منه وقوع جريمة من الجرائم الآتية – إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة –: (١) القتل، أو جراح بالغة، إذا كانت الجراح على المدافع نفسه، أو أحد أقاربه (٢) الشروع في الزنى، أو اللواط، بالقوة على المدافع، أو زوجه، أو أي محرم له (٣) اختطاف المدافع، أو زوجه، أو ولده، أو أحد محارمه بالقوة أو بالتهديد بالسلاح...."، كما نصَّت المادة رقم (٢٩) من القانون نفسه على أنه: "لا يجوز أن يبيح حق الدفاع الشرعي عن المال القتل العمد إلا إذا كان مقصودا به دفع أحد الأمور الآتية: (١) جرائم الحريق العمد (٢) جرائم سرقة من السرقات الجسيمة (٣) الدخول ليلاً في منزل مسكون أو أحد ملحقاته"، فهاتان المادتان وضحتا الجرائم التي يصح الدفاع الشرعي عنها في القانون اليمني، وهي كافة الجرائم الواقعة على النفس (كالقتل) أو على مادون النفس (كالجراح، والقطع، والضرب) والجرائم الماسة بالعرض (كالزنى، واللواط)(١) كما يصح – أيضًا – الدفاع الشرعي ضد جرائم الأموال (كالسرقة والحرابة) وجرائم الحريق، والإتلاف، والنهب، وسواء أكانت هذه الجرائم واقعة ضد الشخص المدافع،

---

(١) ويُلحق بعض الشراح بذلك، جرائم القذف، والسب، فيعتبرونها من الجرائم الماسة بالأعراض، التي يجوز فيها الدفاع الشرعي. [شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٢١٢].

أو ضد غيره ممن هو مسئول عن حمايته[1].

ويفهم من هذين النصين القانونيين أن الدفاع الشرعي بالقتل العمد مقتضاه: أن القتل العمد لا يصح أن يكون وسيلة مناسبة لدفع العدوان إلا إذا ظهر أن هذا العدوان تهديد بالقتل، أو الجراح البالغة، أو تهديد للعرض، أو المال، إلا أن الجرائم التي يصح معها الدفاع الشرعي في القانون اليمني محصورة في الأمور التالية: –

١ – **القتل:** وقد أطلقه القانون، بمعنى أن القتل العمد دفاعًا شرعيًا يكون مباحًا إذا كان المعتدي يهدّد المعتدى عليه بالقتل.

٢ – **الجراح البالغة:** إذا كانت ستقع على المدافع نفسه، أو على أحد أقاربه فقط، وهذا يعني عدم تحقق الشرط إذا كان الفعل المهدّد بالجراح البالغة لا يمس إلا شخصًا، أو أشخاصًا آخرين ليسوا من أقارب الفاعل.

٣ – **الشروع في جريمة الزنى أو اللواط بالقوة:** بشرط أن يكون ذلك واقعًا على المدافع نفسه، أو زوجه، أو أي محرم له، فإذا كان واقعًا على غير هؤلاء، فإنه يجوز الدفاع بالوسيلة المناسبة دون أن يصل ذلك إلى حد القتل.

٤ – **الشروع في الاختطاف بالقوة إذا كان واقعا على المدافع نفسه، أو زوجه، أو ولده، أو أحد محارمه:** وقد اشترط القانون اليمني في ذلك: أن يكون باستخدام القوة، أو بالتهديد بالسلاح، فإذا كان الاختطاف واقعًا على غير هؤلاء، أو كان واقعًا بطريق الاحتيال، أو المخادعة، أو الاستدراج، أو نحو ذلك، فلا يتوافر الشرط المبيح للقتل في هذه الحالة[2].

ومن خلال ما سبق يظهر أن القانون اليمني جعل الحالات التي تبيح القتل

---

(١) شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامة للجريمة، د. علي حسن الشرفي ، ٢١٣.

(٢) السابق، الصفحة نفسها.

دفاعًا شرعيًا تتعلق بنوعين هما: -

النوع الأول: إذا كان الدفاع الشرعي ضد خطر يهدد النفس بالقتل، أو سلامة الجسم بالجراح البالغة، أو كان يهدد العرض بالاغتصاب أو الهتك، أو كان يهدد الحرية بالاختطاف[1].

النوع الثاني: إذا كان الدفاع الشرعي ضد خطر يهدد المال بأية جريمة من جرائم الحريق العمد، أو كان يهدد المال بأية جريمة من جرائم السرقة المعدودة من الجنايات، أو كان ضد خطر الدخول ليلاً في منزل مسكون أو في أحد ملحقاته[2].

ومبدأ الدفاع الشرعي في القانون هو الذي يسميه الفقهاء: دفع الصائل من الآدمي والحيوان، وهو مظهر من مظاهر دفع الضرر، ولذلك فإن من القواعد الجزئية المتعلقة بدفع الضرر: أن "**الجناية التي وقعت لأجل الدفع عن الضرر تهدر**"[3] بمعنى أن الضمان مهدر في الجنايات التي سببها دفع ضرر الاعتداء، كما في دفع الصائل الذي هو المعتدي – أو المهاجم غيره بدون حق – سواء كان هذا الاعتداء على النفس بإرادة قتلها، أو إيذائها، أو غصب الأموال المحترمة، أو هتك الأعراض، فشرع دفع الصائل لإزالة ضرر الاعتداء على النفس، والمال، والعرض، ولذلك فإنه يجوز دفع الصائل إذا لم يندفع إلا بقتله، لأن مفسدة قتله أقل من مفسدة فوات النفوس وهتك الأعراض والاعتداء على الأموال، والحفاظ على كل هذه الأمور مصالح مقدمة على مفسدة قتل الصائل إذا لم يندفع إلا بالقتل[4]، لأن مقتضى إباحة

---

(١) شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامة للجريمة، د. علي حسن الشرفي ، ٢٢٠.

(٢) السابق، الصفحة نفسها.

(٣) سبل السلام، للصنعاني، ١٢٣٦/٣

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٤؛ قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ٧٤/١، ٨١، ١٢٦، المجموع المذهب في قواعد المذهب، للعلائي، ٣٨١/٢؛ القواعد، للحصني، ٣٣٨/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٦٨/١؛ الروض المربع، للبهوتي، ومتنه: زاد المستقنع، للحجاوي، ٢٨٥.

القتل دفاعًا شرعيًّا هو أن خطرًا محدقًا غير مشروع قد حل بإنسان بريء، فيكون من حقه دفع ذلك الخطر ولو بالقوة، كما أن جواز دفع الصائل ولو أدى إلى قتله هو من التطبيقات الدقيقة لقاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**"وسواء كان الصائل إنسانًا، أو حيوانًا، كما لو صال حيوان على شخص وخاف ذلك الشخص على نفسه ذلك الحيوان، أو حاول دفع الحيوان ولكنه لم يستطع دفع اعتدائه والامتناع عنه إلا بقتله، فإنه يجوز له قتله[(١)]، لأن الضرورة الداعية إلى قتل الحيوان الصائل هي تخليص الإنسان المصول عليه لحياته من الهلاك، ولذلك ليس على المصول عليه ضمان الحيوان الصائل إذا ثبت أنه دفعه خوفًا على نفسه منه، لأنه لا قدرة له على دفعه إلا بقتله، ولأنه قتله بالدفع الجائز، ولأنه حيوان جاز إتلافه لصياله، ولأنه قتله لدفع شره، فلذلك لا يضمنه[(٢)].

ولا يقال: إن في قتل الحيوان الصائل مفسدة، لما فيه من إتلاف مال الغير، لا يقال هذا؛ لأن قتله كان لأجل دفع أذاه، ولأن حفظ نفس المدافع أعظم مصلحة من مفسدة إتلاف مال الغير[(٣)]، إلا أن إتلاف مال الغير حتى وإن كان في حالة الاضطرار فإنه قد يوجب الضمان على المتلف، كما إذا أتلف الشخص مال غيره لإحياء نفسه – كما إذا قتل شخصٌ حيوانًا لغيْره في مخمصة ليحيى به نفسه – لأنه كالمضطر إلى طعام غيره إذا أكله، والفرق بين المضطر إلى طعام الغير، وبين دفع الحيوان الصائل بقتله، هو أن الطعام إذا اضطر إليه شخص وجب عليه الضمان إلا أن الطعام لم يلجئ المضطر إلى إتلافه، ولأن الطعام ملك صاحبه، أما الحيوان الصائل فإن قتله كان بالدفع الجائز، ولأن قتله كان لدفع شره، هذا بالنسبة لصيال الحيوان[(٤)].

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٤؛ درر الحكام، لعلي حيدر، ٣٩/١؛ بداية المجتهد، لابن رشد، ٢٦٤/٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٦٩/١؛ القواعد، لابن رجب، ٣٧.

(٢) بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٤/١، ٢٦٤/٢؛ قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ٧٣/١؛ المختصر، للخرقي، والمغني، لابن قدامة، ٣٢٨/٨، ٣٢٩؛ القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٣٧.

(٣) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ٧٣/١

(٤) درر الحكام، لعلي حيدر، ٣٩/١؛ بداية المجتهد، لابن رشد، ٢٦٤/٢؛ المغني، لابن قدامة، ٣٢٩/٨.

أما صيال الآدمي: فإنّ من قصد شخصًا فأراد قتله، فدافع المقصود عن نفسه، فقتل في المدافعة القاصد المتعدي، فإنه ليس على المصول قود، ولا ضمان، وسواء كان ذلك الصائل مكلفًا، أو غير مكلف – كالصبي، والمجنون – فإنه إذا لم يتم دفع اعتدائه إلا بقتله فإنه يجوز، لأنه قتله بالدفع الجائز، ولأنه قتله لدفع شره، ولم يكن من وسيله لدفعه إلا قتله، ولأن المدافع إذا قتل الصائل لدفع شره فكأن الصائل هو القاتل لنفسه باعتدائه على الغير، فيسقط ضمانه[1].

ويجوز دفع الصائل على المال أيضًا ولو أدى إلى قتله إن لم يكن ثمت وسيلة لدفع أذاه إلا ذلك[2]، كما يجوز للإنسان أيضًا دفع اعتداء من يريد الفاحشة به أو بإحدى محارمه ولو أدى دفع ذلك الاعتداء إلى قتل المعتدي[3].

ولكن لابد من دفع الصائل بأسهل ما يمكن دفعه به، أو بأسهل ما يغلب على ظن المصول عليه أن الصائل يمكن أن يندفع به، فإذا اندفع بأسهل الطرق فإنه يحرم على الدافع استخدام أصعب الطرق للدفع، لعدم الحاجة إلى ذلك[4]، فلو أن شخصًا اعتدى على غيره باقتحام منزله فلصاحب الدار أن يأمره بالخروج، فإن خرج بذلك الأمر لم يكن له ضربه، لأن المقصود هو إخراج المعتدي ولأنه أمكن إزالة العدوان بغير القتل، فإن لم يخرج المعتدي بالأمر فللمعتدى عليه ضربه بأسهل ما

---

(١) بداية المجتهد، لابن رشد، ٢/٢٦٤؛ الأم، للشافعي، وبهامشه: مختصر المزني، ٤/١٣٤؛ المغني، لابن قدامه، ٨/٣٢٩؛ السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ٩٣، ٩٤؛ الفروع، لابن مفلح، ٦/١٤٥؛ القواعد، لابن رجب، ٣٧؛ زاد المستنقع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٤٥٤

(٢) الأم، للشافعي، وبهامشه: مختصر المزني٤/١٣٤،؛ السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ٩٣؛ الفروع، لابن مفلح، ٦/١٤٥؛ زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٤٥٤.

(٣) السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ٩٣، ٩٤؛ الفروع، لابن مفلح، ٦/١٤٥؛ زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٤٥٤.

(٤) المغني، لابن قدامة، ٨/٣٣٠؛ السياسة الشرعيَّة، لابن تيمية، ٩٣، ٩٤؛ الفروع، لابن مفلح، ٦/١٤٥؛ زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٤٥٤.

يعلم أنه يخرج به، لأن المقصود هو دفعه، فإذا اندفع وخرج بقليل الضرب فلا حاجة إلى الكثير، فإن علم المعتدى عليه أن المعتدي قد يخرج بالضرب بالعصا لم يكن لصاحب الدار ضربه بالحديد، لأن الحديد آلة للقتل، بخلاف العصا، وإن لم يندفع إلا بالضرب، فضربه ضربة أوقفته عن المهاجمة أو عن الحركة فليس لصاحب الدار أن يثني عليه الضرب، لأنه كُفي شره، أما إن لم يتم دفع الصائل إلا بقتله فإنّ للمدافع ذلك، كما أن له ذلك أيضًا إذا خاف أن يبادره الصائل بالقتل إن لم يقتله، فإذا ضربه بما يقتله أو بما يقطع طرفه، فإنّ ما أتلف من الصائل هدر، لأنه أتلفه لدفع شره، ولأنه اضطر صاحب الدار إلى قتله، فصار الصائل قاتلاً لنفسه[1].

أما جواز دفع الصائل الذي يريد الاعتداء بارتكاب الفاحشة بغيره ولو أدى إلى قتله، فإنه يضاف لسبب جواز ذلك – علاوة على كونه صيالاً – سبب آخر، وهو إرادة الفاحشة، ولذلك قال الإمام أحمد في امرأة أرادها رجل على نفسها فقتلته لتحصن نفسها: "إذا علمت أنه لا يريد إلا نفسها فقتلته لتدفع عن نفسها فلا شيء عليها"[2]؛ والعلة في ذلك هي أنه إذا جاز الدفع عن المال الذي يجوز بذله وإباحته، فإن دفع المرأة عن نفسها وصيانتها عن الفاحشة التي لا تباح بحالٍ أولى بالدفع، بل يمكن القول: إنه يجب على المرأة دفع الصائل عن نفسها إن أمكنها ذلك، لأن التمكين منها حرام، وفي ترك الدفع نوع تمكين[3].

وبتطبيق قواعد التيسير والتخفيف على مبدأ الدفاع الشرعي، يمكن القول: إن إباحة دفع الصائل وعدم ضمانه فيه تخفيف على المدافع، لأنه لو لم يُبح له ذلك لوقع في مشقة الضمان مع عدم وجود الاعتداء من جانبه[4].

---

(١) مختصر الخرقي، والمغني، لابن قدامه: ٨/٣٢٩ـ ٣٣٠؛ زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٤٥٤.

(٢) المغني، لابن قدامة، ٨/٣٣١.

(٣) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٤) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ١/٧٣؛ الروض المربع، للبهوتي، ومتنه: زاد المستقنع، للحجاوي، ٤٥٤.

وهكذا فإن القانون اليمني يتفق مع الشريعة الإسلامية في إباحة الدفاع الشرعي، وعدم ترتب أي مسئولية جنائية أو مدنية، إلا في حال تجاوز الدفاع الشرعي.

ونستنتج من كل ما سبق: أن القانون اليمني قد أخذ بوضوح بقواعد دفع الضرر، وبقاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**"، وقواعد التخفيف والتيسير، في مبدأ الدفاع الشرعي.

بعض الملاحظات في دفع الصائل

يلاحظ في دفع الصائل عدة أمور، هي:ـــ

الأمر الأول: أنه إذا أقدم المدافع على دفع الصائل بقتله دون دفعه بأسهل ما يمكن دفعه به فإنه يعتبر متجاوزًا حدود الدفاع الشرعي؛ لعدم الحاجة إلى الدفع بالأصعب ما دام أن الصائل يندفع بالأسهل، ولذلك لا يسقط الضمان، فإن اندفع الصائل بالضرب فإنه ليس للمدافع قطع يده أو رجله، مثلا، كذلك لو أن الصائل هرب فإنه ليس للمدافع ضربه، وبناءً على ذلك فإن الدافع إذا ضرب الصائل، أو قطع عضو من أعضائه في هذه الحالة، فإن القطع مضمون بالقصاص أو الدية، لأن ذلك كان في حال لا يجوز للمدافع تجاوز حدود الدفاع الشرعي[1].

وقد ذكر القانون اليمني تجاوز حدود الدفاع الشرعي فقد نصّت عليه المادة رقم (٣٠) من قانون الجرائم والعقوبات بقولها: "إذا تجاوز الشخص بإهمال حدود الإباحة، أو الضرورة، أو الدفاع الشرعي، يعاقب على هذا التجاوز إذا كان القانون يجرّمه بوصفه جريمة غير عمدية"، فهذا النصّ واضح في أن الفعل الصادر من المدافع المتجاوز حال الدفاع لا يكون مباحًا، بل هو جريمة، وهذا يعني أنه يستحق العقاب[2]، إذ إنّ التجاوز معناه: "استعمال قدر من القوة يزيد على ما كان كافيًا لدفع

---

(١) المغني، لابن قدامة، ٨/٣٣٠؛ زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٤٥٤

(٢) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٢٢٢

الخطر"[1]، وتكون دعوى التجاوز ممن وقع عليه فعل الدفاع، أو من يقوم مقامه – كأولياء دمه – ولكنها تكون بعد إقرار المعتدي بالعدوان المبرّر لفعل الدفاع، فيكون رفع دعوى التجاوز من قبل المتضرر من أفعال الدفاع، وهذا يعني إقرار الصائل بأنه قد بدأ العدوان، وإقراره بأن المدافع قد قام بأفعال الدفاع ضد ذلك العدوان، غير أنه يشكك في دعواه باكتمال شروط الدفاع، ويدعي تجاوز المدافع حدود الدفاع واستعماله وسيلة غير مناسبة في الدفاع، ولذلك فإن القاضي إذا اقتنع بأن المدافع قد التزم المناسبة في استعمال الوسائل لدفع العدوان، فإنه بحكم ببراءة ذمة المدافع، وإذا لم يقتنع بذلك واقتنع بالدليل الذي قدمه المعتدي بالتجاوز، فإنه يحكم بمسئولية المدافع مسئولية عمدية أو خطيئة، لعدم توافر حالة الدفاع الشرعي[2].

الأمر الثاني: أنه إذا أدى دفع الصائل إلى ضربه، أو قطع عضو منه، أو قتله، فإن بيّنة الصيال على عاتق المدافع، لأن الأصل عدم الصيال، ولأن المدافع هو من يدعي الصيال، فعليه إثباته، ولأن الأصل براءة ذمة المجني عليه من تهمة الصيال، وفي هذا يقول ابن قدامة: "لو قتل رجلٌ رجلاً، وادعى أنه قد هجم منزله، فلم يمكني دفعه إلا بالقتل، لم يقبل قوله إلا ببينة، وعليه القود، سواء كان المقتول يعرف بسرقة أو عيارة، أو لا يعرف بذلك، فإن شهدت البيّنة أنهم رأوا هذا مقبلاً، أي هذا بالسلاح المشهور فضربه، فهذا هدر دمه، وإن شهدوا أنهم رأوه داخلاً داره ولم يذكروا سلاحًا أو ذكروا سلاحًا غير مشهور، لم يسقط القود بذلك؛ لأنه قد يدخل لحاجة، ومجرد الدخول المشهود به لا يوجب إهدار دمه"[3]، وإلزام بينة الصيال على المدافع يعني أن قتل الصائل لا يجوز إلا للضرورة القصوى، ويؤدي ذلك أيضًا إلى احتياط المدافع في استخدام أسهل الوسائل الممكنة للدفع، وعدم التسرع إلى القتل، وفي هذا حوطة للدماء.

وبيّنة الصيال في القانون اليمني قد وردت الإشارة إليها في نص المادة

---

(١) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي ، ٢٢١

(٢) السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٣) المغني، ٣٣٣/٨

رقم (٢٨) من قانون الجرائم والعقوبات حيث جاء فيها: "...يؤخذ في كلّ صور الدفاع الشرعي بالقرائن القوية، فإذا دلت على ذلك فلا قصاص ولا دية ولا أرش"، ومن هنا كان على من يدعي الدفاع الشرعي أن يقدم الدليل على صدق دعواه، لكون هذه الدعوى قد جاءت على خلاف الأصل الذي هو أن الأصل في الإنسان البراءة[١]، فإن عجز عن تقديم الدليل على أن فعله كان دفاعًا شرعيًا فإنه مذنب يستحق العقاب ولو كان في حقيقة الأمر مدافعًا، إذ إنّ هذه الحقيقة لا تكون معتبرة قضاء إلاّ إذا قام الدليل عليها[٢]، لأن الحكم لا يكون إلا بالظاهر والله وحده يتولى السرائر ويدرك خفايا الأمور، ويحكم على مقتضى علمه بالخفايا، وذلك يوم أن يقف الناس بين يديه، أما حكم العباد بعضهم على بعض فإنه لا يمكن إلا بموجب ما أظهرته الأدلّة المعتبرة شرعا أو قانونا، وهذا الدليل على فعل الدفاع الشرعي قد يكون بإقرار الصائل بأنه قام بالاعتداء على المدافع، كما قد يكون بالقرائن التي قد تكشف أن الشخص المصول عليه قد قام بفعل الدفاع الشرعي في حالة كان لابدّ له فيها من الدفاع، وقد تكشف تلك القرائن تورط الشخص المصول عليه في الدفاع على نحو يجعله معتديًا، كأن يكون متجاوزًا للقدر اللازم لدفع الصائل[٣]، وكلّ هذا يعني: أنه إذا دافع المعتدى

(١) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ص٢٢٥. ومثال ذلك: إذا نسب إلى شخص زيد أنه هو الذي قتل عمرو، أو جرحه، أو أتلف بعض ممتلكاته، فإن زيدًا في هذه الحالة يعتبر متهمًا، والأصل في كل متهم أنه بريء حتى يقوم الدليل على صحة التهمة، فإذا حاول زيد -وهو المتهم- دفع التهمة عن نفسه بقوله: أنه كان في حالة دفاع شرعي عندما قام بالفعل الذي أحدث تلك الإصابات، فإن هذا القول منه يعني اعترافه بصحة ما نسب إليه، وثبوت التهمة في جانبه، وهدم قرينة البراءة التي كان يتمتع بها، وعليه إن أراد النجاة من المسئولية أن يقدم الدليل على توافر حالة الدفاع الشرعي، وإقامة هذا الدليل أمر يسير وإن كان ليس مستحيلًا. [السابق، نفس الجزء، نفس الصفحة].

(٢) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٢٢٦

(٣) ولكن إثبات حالة الدفاع الشرعي يجري بحسب ترتيب شروط الدفاع المذكورة في المتن، فعلى المدافع أن يثبت أنه قد تعرض لخطر كان محدقًا يكاد أن يقع عليه، أو على غيره لو لم يبادر لدفعه، وأن الخطر قد نشأ بفعل غير مشروع، أي بفعل يعد جريمة ــ لو وقع ــ من الجرائم

عليه عن نفسه، أو عرضه، أو محارمه، أو ماله، فإنه لا ضمان عليه فيما أتلفه بالدفع ما لم يتجاوز الدفاع بقدر الممكن[1].

بعض الاعتراضات ودفعها في الدفاع الشرعي

الاعتراض الأول: قد يقال: إن المضطر إذا وجد ما يدفع به الضرر لزمه الأكل منه، كالميتة، فلِمَ لا يلزم مِن أريدت نفسه، أو عرضه، أو ماله، الدفع؟ ولِمَ لا يكون الدفاع واجبًا عليه؟

والجواب عن هذا الاعتراض: أن المضطر إنما لزمه الأكل ممَّا وجده ليدفع به الضرورة، ويحيي به نفسه من غير تفويت نفس غيره، وهنا في إحياء نفسه فوات نفس غيره، فلَمْ يجب عليه.

الاعتراض الثاني: قد يقال: إن المرأة إذا أريد الفاحشة بها بالاعتداء، فإنه يجب عليها أن تدفع ذلك عن نفسها – إن أمكنها – فلِمَ لا يلزم من أريدت نفسه، أو ماله، الدفع، ولا يكون واجبا إن أمكنه ذلك؟

والجواب عن هذا الاعتراض: أن المرأة إنما يجب عليها دفع اعتداء من يريد الفاحشة بها إن أمكنها ذلك، لأن الفاحشة بها لا يقتصر ضرره عليها، بل يمتد إلى غيرها وهو الولد من الزنى، الذي لا يعرف له أبا ينتسب إليه، وقد لا يجد من ينفق عليه، أي أنه في حكم الهالك، أما من أريدت نفسه فإنه لا يجب عليه الدفع، وإنما جُوز له

المنهي عنها في القانون الجنائي، ثم ينبغي على المدافع أن يثبت أن فعله كان لازما لرد الخطر، أي أنه ما كان يستطيع دفع ذلك الخطر بأي طريق آخر غير الطريق الذي لجأ إليه، ثم يثبت فوق ذلك كله أن رده كان متناسبا مع الخطر، بحيث ما كان الخطر سيندفع بأقل من القوة التي استخدمها ذلك المدافع. [شرح الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٢٢٦].

(١) المغني، لابن قدامه، ٣٣١/٨؛ زاد المستقنع، للحجاوي، وشرحه: الروض المربع، للبهوتي، ٤٥٤.

ذلك، لأنه إن قتل فهو شهيد، ولأنّ موته عند الصيال عليه يترتب عليه ذهاب نفسه فقط، وكذلك من أريد ماله، فإنه لا يجب عليه الدفع، لأن المال يذهب ويعود.

خامسًا: التطبيق في امتناع المسئولية الجنائيّة عند الضرورة

نصت المادة رقم (٣٦) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني على أنه: "لا مسئولية على من ارتكب فعلاً ألجأته إليه ضرورة وقاية نفسه، أو غيره، أو ماله، أو مال غيره، من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه عمدًا، ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى، ويشترط أن يكون الفعل متناسبًا مع الخطر المراد اتقاؤه...."، فهذا النصّ يدل على امتناع المسئولية الجنائيّة عند ارتكاب الفعل المجرَّم عند الضرورة، وهذه هي الطبيعة القانونية للضرورة عند جمهور فقهاء القانون(١)، لأن موانع المسئولية تقتضي امتناع المسئولية عن الجريمة(٢)، لعلّة هي أنّ الضرورة ترجع إلى انتفاء الخطورة الاجتماعيّة، وهو ما يعني: أن فعل المضطر لا ينم عن خطورة إجرامية كامنة في نفسه، وإنما هو عارض تمليه ظروف يُعذر الشخص لوجوده فيها، ولهذا فقد رأى المشرع أن يقيل المضطر عثرته، وأن يتغاضى عن جرمه، تقديرًا لعذره، ولعدم الجدوى من عقابه، لأن الجزاء الجنائي يستهدف الردع والزجر(٣)، ولهذا كانت إقالة المضطر من عثرته مظهرًا من مظاهر التيسير والتخفيف.

وتطبيقًا لقاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**" فإن ارتكاب الفعل المجرَّم في حال الاضطرار – وإن كان مباحًا – إلا أن إباحته مقدرة بقدر ما يندفع به الخطر، وما زاد على ذلك فهو غير لازم، لأن الضرورة إنما تقدر بقدرها، ولأن من شرط فعل الضرورة أن يكون الفعل المحرَّم متعينًا لدرء الخطر، فإذا أمكن درؤه بجريمة، فإنه لم يجز درؤه بأشد منها(٤).

---

(١) هذا ما نسبه الدكتور/ عوض محمد إلى جمهور الفقهاء في مصر. انظر: [قانون العقوبات، القسم العام، ٤٩٨].

(٢) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ٦٩.

(٣) قانون العقوبات، القسم العام، د.عوض محمد، ٥٠٢.

(٤) السابق، ٥١٣.

من الأمثلة التي يتضح فيها انتفاء المسئولية الجنائيّة والعقاب عند الضرورات ما يلي:

١- جواز شق جوف المرأة لإخراج الجنين المرجو حياته

المرأة الحامل إذا ماتت وكان في بطنها جنين يتوقع حياته فإنه يجب إخراجه ولو بشق بطن أمه، هذا إذا لم يكن من سبيل لإخراجه إلا الشق، لأن شق بطنها وإن كان فيه مفسدة انتهاك حرمة أمه إلا أن مفسدة موت الجنين في بطن أمه أشد لأنه نفس وحفظ حياته أمر مطلوب وحفظه مصلحة[١]، إلا أن شق بطن الأم الميتة وهي حامل لا يكون إلا إذا كان أغلب الرأي أن الجنين حي، كأن يضطرب في بطنها، لأنّا ابتلينا ببليتين، فنختار أهونهما، وشق بطن الأم الميتة أهون من إهلاك الولد الحي[٢]، وهذا تطبيق لقاعدة: إزالة الضرر الأشد بالأخف، ولهذا قال ابن نجيم:"وقد أمر به أبو حنيفة ﷺ فعاش الولد"[٣] أي أن أبا حنيفة أمر بشق بطن امرأة حامل ماتت وفي بطنها ولد، فأُخرج، فعاش الولد.

وقد جاء القانون اليمني خاليا من النصّ على هذا المثال، إلا أن الظاهر أن هذا المثال يندرج تحت أسباب الإباحة التي منها: القيام بالواجب، لأن الواجب يقتضي على الطبيب القيام بعمله، ومن الواجب إنقاذ نفس الجنين، على أن يكون شق بطن أمه مقدرًا بقدر الضرورة الداعية لإخراج الجنين.

ويلاحظ هنا أنه وإن كان الأصل سلامة الجسد وعدم المساس به إلا بمقتضى، إلا أن حالة الضرورة مستثناة من هذا الأصل، إذ لا سبيل لإنقاذ حياة الجنين إلا بالمساس بجسد أمه.

---

(١) قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ٧١/١؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٨٤/١

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٧.

(٣) السابق، نفس الصفحة.

وإذا كان الطبيب لا يباشر عمله إلا بإذن المريض أو من يقوم مقامه شرعًا، إلا أنه إذا تعذَّر الإذن من المريض – كأن يكون في حالة لا تسمح له بالتعبير عن إرادته –[1] فإن إذن الأم لإجراء عملية استخراج الجنين المرجوة حياته متعذر؛ لأنها متوفاة وإذنها في ذلك في حكم العدم، وعندئذ يعتد برضا ولي الجنين المرجو حياته، والغالب من ولي الجنين رضاه بإخراج الجنين حيًا من بطن أمه، وإذا عارض الولي ذلك وتعذَّر حصول الإذن منه بذلك، فإن الطبيب يباشر عمله في هذه الحالة، لأنه يقوم بواجب، ولأن ممانعة الولي أو الانتظار لحصول إذنه قد يؤدي إلى موت الجنين، فالضرورة لها أحكامها، وبعبارة أحد الباحثين: فإنه "يلغى شرط الرضا أصلا إذا توافرت حالة الضرورة وتعذر صدور الرضا من المريض أو ممثله وقت لزوم العمل الطبي"[2].

٢- جواز المساس بجسد الغير بالجرح للضرورة

الاعتداء على جسد الغير بجرحه أو قتله لا يجوز، إذ الأصل السلامة، ولكن للأب، ووصيه، أو لولي الصبي، والمجنون – وهو الأب، أو وصيه، أو الحاكم، أو أمينه المتولي – المساس بجسد من هم تحت ولايتهم، كختانة الصبي، ومداواته، وجراحته على يد الأطباء، فالممنوع أو المحظور هو التصرف في جسد الغير، والضرورة المبيحة لذلك هي المحافظة على جسد الصغير – ومن هم مثله في الولاية– وفي هذا مصلحة لهم، كما أن دفع الأضرار التي تلحقهم لا يتم إلا بمداواتهم، وعرضهم على الأطباء وجراحاتهم إن لزم ذلك[3]

وقد استبعد القانون اليمني صفة الجريمة عمن يقوم باستعمال الحق وأداء الواجب، فقد نصت المادة رقم (٢٦) من قانون الجرائم والعقوبات على أنه: "لا

---

(١) شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامة للجريمة، د.علي حسن الشرفي، ١٧٦.

(٢) السابق، نفس الجزء، ١٧٧.

(٣) الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ٢٨٨؛ المغني، لابن قدامة، ٣٢٧/٨.

جريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون، أو قياما بواجب يفرضه القانون، أو استعمالا لسلطة يخولها"، ومن الواجبات على الحاضن – ومن السلطات المخولة له بحكم القانون – أن يحفظ المحضون، وأن يعمل على وقايته ممّا يهلكه من الأمراض، كما أن على الوصي رعاية القاصر، كما أن على المحكمة أن تعيّن وصيًا لمن لا وصي له ولا ولي، وهذه السلطات ممنوحة بحكم القانون، ففي الحضانة نصّت المادة رقم (١٤٥) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيّة وتعديلاته، على أن: "على الحاضن القيام بما يحفظ الطفل..."، وبينت المادة رقم (١٣٨) من القانون نفسه سلطة الحاضن من أنها حفظ الصغير وتربيته ووقايته من كل ما يهلكه، فقد نصّت على أن: "الحضانة هي حفظ الصغير الذي لا يستقل بأمر نفسه وتربيته وقايته ممًا يهلكه أو يضره، بما لا يتعارض مع حق وليه..."، ولا شك أن عرض الصغير على الأطباء ومداوته فيه وقاية له من الهلاك.

وسلطة الوصي في رعاية الصغير وحفظ أمواله، قد بينتها المادة رقم (٢٦١) من قانون الأحوال الشخصيّة – المعدلة بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيّة – فقد نصّت على أن: "الوصي هو الذي يقيمه المورث في تركته لتنفيذ وصاياه، أو لقضاء ديونه، أو استيفائها، أو لرعاية قصاره، وأموالهم..." ولا شك أن رعاية القصار تستلزم عرضهم على الأطباء لمداواتهم.

أما ولاية الأب في كلّ ذلك، فقد ذكرتها المادة رقم (٢٦٢) من قانون الأحوال الشخصية المعدلة بالقانون المذكور رقمه وتاريخه آنفًا – فقد جاء فيها: "... في رعاية الصغار وأموالهم يقدّم الأب، ثم وصيه، ثم الجد، ثم وصيه، ثم القاضي"، ولا شك – أيضًا – أن رعاية الأب للصغار أكثر من رعاية غيره لهم، لفرط حنوه وشفقته، ويجب على غير الأب – كالوصي، والقاضي – القيام برعاية الصغار، فرعايتهم، وعرضهم على الأطباء ممنوح لهم بحكم القانون.

وبناء على ذلك فإن المساس بجسد من هو تحت الولاية؛ كإجراء عملية

جراحية مثلاً، لا يكون جريمة إذا كان هذا ضروريًا، وهذا يستبعد صفة الجريمة، وحينئذ فإن للطبيب أن يباشر عمله إذا أذن له المريض أو من يقوم مقامه بالمداواة، وإذا كان الأصل أن يصدر الرضا من المريض نفسه إلا أن ذلك قد يكون متعذرًا، وعندئذ يعتد برضا وليه أو من ينصبه القانون ممثلا له، فتوافر حالة الضرورة لا تستلزم رضا المريض نفسه[1]، وبالتالي فلا جريمة ولا ضمان إذا عرض الأب – أو الوصي، أو القاضي – أحداً ممن هو تحت ولايتهم على الأطباء، لختانه أو معالجته، حتى وإن ترتب على ذلك موته، لأنهم قاموا بعملهم وهو واجب عليهم.

٣- جواز التلفظ بكلمة الكفر عند الاضطرار

التلفظ بكلمة الكفر مفسدة محرمة، لكنه جائز للمكرَه الذي إن لم يتلفظ بها قُتل أو فَقَد بعض أعضائه، ما دام قلبه مطمئنا بالإيمان، وذلك حفظا لنفسه وأعضائه، فحفظ المهج والأرواح والأعضاء أكمل مصلحة من مفسده التلفظ بكلمة لا يعتقدها الجنان، مع أن الصبر على عدم التلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه أفضل، لما فيه من إعزاز لدين الله، وإجلال لرب العالمين[2].

والضرورة التي أباحت المحظور – وهو التكلم بكلمة الكفر – هي تهديد المكرِه للمكرَه على ذلك مع تيقن المكرَه أن المكرِه سينفذ تهديده إن لم يتلفظ بكلمة الكفر، أو يغلب على ظنه ذلك، وفي هذا يقول الله تعالى: ﴿ مَن كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَكِن مَّن شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ

---

(١) شرح الأحكام العامة للتشريع العقابي اليمني، جـ١، النظرية العامة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ١٧٦-١٧٧.

(٢) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٩٤؛ أحكام القرآن، لابن العربي، ١١٧٧/٣، ١١٧٩؛ بداية المجتهد، لابن رشد، ٣٤/١؛ المحصول في علم أصول الفقه، للرازي، ٢٦٧/٢؛ الإحكام، للآمدي، ٩٥/١؛ قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ٦٩/١، ١١٧؛ المجموع المذهب، للعلائي، ٣٥٠/١؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٦٨/٢، ٢٧٠؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٦٨/١-١٦٩

أَللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿١٠٦﴾ ﴾[1]، فهذه الآية تبيّن أن الكفر بالله كبيرة محبطة للعمل، وأن الكافر أو المرتد وهو الذي جرى الكفر بلسانه وانشرح به صدره، عليه من الله الغضب، وله العذاب الأليم، إلا أن هذه الآية ذكرت من ذلك استثناء، فمن تكلم بالكفر بلسانه عن إكراه، ولم يعقد على ذلك قلبه، فإنه خارج عن هذا الحكم، معذور في الدنيا، مغفور له في الآخرة، وهذا مظهر من مظاهر التخفيف، لأن الإذن بالتلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه رخصة من الله تعالى، رفقًا بالخلق، لما في هذه الشريعة من السماحة ونفي الحرج، ووضع الإصر[2]، كما أن التخفيف بعدم مؤاخذة المكرَه بالتلفظ بكلمة الكفر فيه تقديم لحق العباد على حق الله تعالى في هذا الأمر، وقد عقد العز بن عبد السلام فصلاً لما يُتقدم فيه حق العباد على حق الله تعالى، وجعل هذا المثال أول أمثلته، حيث قال: "الفصل السابع: فيما يُتقدم من حقوق العباد على حقوق الرب رفقًا بهم في دينهم، وله أمثلة: منه: التلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه حفظًا للنفوس والأعضاء ليقوم المكلّف بعد ذلك بوظائف الطاعات والعبادات"[3].

وموقف القانون اليمني من المسئولية الجنائيّة للتلفظ بكلمة الكفر عند الضرورة يتضح من خلال ما سبق ذكره من أنه يترتب على توافر حالة الضرورة بشروطها – السابق ذكرها – انتفاء المسئولية الجنائيّة عن الفاعل لكونه أقدم على الفعل دون أن يملك القدرة التامة على الاختيار[4]، وفقًا للمادة رقم (٣٦) – سالفة الذكر – من قانون الجرائم والعقوبات، التي تنص على أنه: "لا مسئولية على من ارتكب فعلا ألجأته إليه ضرورة وقاية نفسه، أو غيره، أو ماله، أو مال غيره، من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه عمدًا، ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة

---

(١) الآية ١٠٦ من سورة النحل.

(٢) أحكام القرآن، لابن العربي، ٣/١١٧٧، ١١٧٩

(٣) قواعد الأحكام، ١/١١٧

(٤) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٣٤٦.

أخرى..الخ نص المادة"، وبناء على ذلك فإن المضطر إذا ارتكب محظورًا ممًا يكون بين العبد وربه – كشرب الخمر، وأكل الميتة، أو قول كلمة الكفر – فإنه لا يسأل عن ذلك المحظور أي نوع من المسئولية الجنائية، أو المدنية، لكون الضرورة مانعًا من موانع المسئولية الجنائيّة، وكون المسئولية المدنية غير قائمة لعدم وجود ضرر واقع على الغير من الناس، فلا يكون للمسئولية المدنية محل في هذه الحالة(١).

كما أن المادة رقم (٢٥٩) من نفس القانون قد بينت صراحة عدم عقوبة المرتد إذا لم يثبت أن ردته كانت عمدًا، حيث نصّت على ذلك بقولها: "كلّ من ارتد عن دين الإسلام، يعاقب بالإعدام، بعد الإستتابة ثلاثًا، وإمهاله ثلاثين يومًا، ويعتبر ردة: الجهر بأقوال، أو أفعال، تتنافى مع قواعد الإسلام وأركانه عن عمد أو إصرار، فإذا لم يثبت العمد أو الإصرار، وأبدى الجاني التوبة، فلا عقاب"، فهذا النّصّ صريح في تعليق الحكم بعقاب المرتد بثبوت العمدية في الرّدّة، وحيث إنّ التلفظ بكلمة الكفر تحت الاضطرار لم يكن صادرًا عن عمد، فإنه لا عقاب عليه، وفي هذا تخفيف ودفع ضرر عن المضطر.

٤- جواز شرب الخمر للضرورة

من الفروع المشتهرة والمخرجة في الفقه الإسلامي على قاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**": جواز إساغة اللقمة بالخمر لمن لم يجد ما ينزل اللقمة بها – التي إن بقيت لمات – إلا الخمر، على شرط أن يكون شرب الخمر مقدرًا بما ينزل تلك اللقمة لضرورة دفع الهلاك، فدفع خطر الموت أشد من ارتكاب المحظور وهو شربها، والضرر الأعلى يدفع بالأدنى، ولأن في هذا مراعاة من الشريعة الإسلامية للمكلّف بدفع الضرر عنه بالحفاظ على حياته وبالتخفيف والتيسير عليه، حيث لا يؤاخذ بذلك في هذه الحالة، لأن الاضطرار إلى شرب الخمر مشقة

(١) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي ، ٣٤٧.

جلبت معها التخفيف والتيسير، فشرب الخمر وإن كان مفسدة محرمة إلا أن مفسدة فوات الروح أعظم، والحفاظ على الروح مصلحة، وهذه المفسدة الأعظم وهي فوات الروح تدفع بالمفسدة الأدنى وهي شرب الخمر[1]، ولذلك يجوز شربها في حال الإكراه رخصة من الله تعالى، سواء أكان الإكراه بالقول كالتهديد بالقتل، أو التهديد بإتلاف عضو من الأعضاء، أو كان الإكراه بالفعل، مثل أخذ المال أو الضرب أو السجن[2]، لأن الخمر في حالة الاضطرار مستثناة من التحريم، لقوله تعالى ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[3]، فصدر الكلام للتحريم والاستثناء من التحريم للإباحة[4].

والتكييف الشرعي لإباحة الخمر في حالة الضرورة: هي حفظ النفوس، والأطراف، والأعراض، والأموال، فالحفاظ على هذه الضرورات مصلحة أولى بالاعتبار من ترك شرب الخمر لحفظ العقول؛ لأن فوات النفوس والأطراف والأموال وانتهاك الأعراض لا يعود، وزوال العقل فوات مؤقت، فالعقل يعود إلى الصحو بعد

---

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ١٠٦/٢، ١٠٧، ١٠٢/٤؛ الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٨٥، ٩٤؛ تيسير التحرير، لأمير بادشاه، ٢٨٧/٢؛ إيضاح المسالك، للونشريسي،٣٢؛ الأحكام السلطانية، للماوردي، ٣٧٧؛ قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ٦٥/١، ٧٢/٢؛ المنهاج للنووي، وشرحه: نهاية المحتاج، للرملي، وبهامشه حاشية الشبراملسي، ١٣/٨؛ المجموع المذهب، للعلائي،٣٥٠/١؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ٦٨/٢؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١٥٩/١، ١٦٨؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢٦/٤؛ الفروع، لابن مفلح، ٩٩/٦.

(٢) المنار في أصول الفقه، للنسفي، وشرحه: كشف الأسرار، للمؤلف نفسه، وبهامشه: شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون، ٥٣٦/٢؛ الإحكام، للآمدي، ١٩٥/١؛ قواعد الأحكام، للعز بن عبد السلام، ٧٢/١؛ إعلام الموقعين، لابن القيم، ٢٦/٤.

(٣) من الآية ١١٩ من سورة الأنعام.

(٤) المنار في أصول الفقه، للنسفي، وشرحه: كشف الأسرار، للمؤلف نفسه، ٥٣٦/٢؛ شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون، بهامش كشف الأسرار، ٥٣٧/٢.

ارتفاع أثر الخمر، كما أن المكرَه حين أقدم على شرب الخمر لم يكن قاصدًا ذلك باختياره، بل بإكراه، فهو قاصد بذلك دفع الضرر باحتمال ما أكره عليه[1]، لذلك لا يجب عليه الحد، لوضوح شبهة الإكراه والاضطرار في حقه، ولأن الحد إنما يلزم من شربها مختارًا لا مضطرًا[2].

ويظهر موقف القانون اليمني من حكم شرب الخمر في أحوال الاضطرار من خلال ما نصَّت عليه المادة رقم (٣٦) من قانون الجرائم والعقوبات: من أنه "لا مسئولية على من ارتكب فعلاً ألجأته إليه ضرورة وقاية نفسه، أو غيره، أو ماله، أو مال غيره، من خطر جسيم، محدق، لم يتسبب هو فيه عمدًا، ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى...". فهذا النصّ يدل على أنه يترتب على توافر حالة الضرورة انتفاء المسئولية الجنائيَّة عن الفاعل، لإقدامه على الفعل دون أن يملك القدرة التامة على الاختيار بحكم الضرورة، ولذلك فإن المضطر – كالمكرَه – إذا ارتكب محظورًا ممَّا يكون بين العبد وربه، كشرب الخمر وأكل الميتة، فإنه لا يسأل عن ذلك المحظور أي نوع من المسئولية الجنائية، أو المدنية، لأن انعدام المسئولية الجنائيَّة راجع لوجود حالة الضرورة، وانعدام المسئولية المدنية راجع لعدم وجود ضرر واقع على الغير من الناس، فليس للمسئولية المدنيَّة محل في هذه الحالة[3].

كما أن القانون اليمني قد ورد فيه ما يدل صراحة على سقوط حد الخمر عند ثبوت دعوى الضرورة، أو الإكراه بشربها، فقد نصَّت الفقرة الثانية من المادة رقم (٢٨٤) من قانون الجرائم والعقوبات على هذا بقولها:"يسقط حد الشرب إذا ثبت أمام المحكمة توفر حالة من الحالات الآتية... دعوى الإكراه أو الضرورة المحتملة"، فهذا النصّ صريح وواضح في إسقاط حد شرب الخمر عند الإكراه والاضطرار،

---

(١) المنار، للنسفي، ٥٣٧/٢؛ وشرحه: كشف الأسرار، للمؤلف نفسه، ٥٣٦/٢.

(٢) كشف الأسرار، للنسفي، ٥٣٧/٢؛ الأحكام السلطانية، للماوردي، ٣٧٧.

(٣) شرح الأحكام العامَّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامَّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٣٤٦، ٣٤٧.

وبناء على ذلك يمكن القول: إن موقف القانون اليمني من حكم شرب الخمر في أحوال الاضطرار يتفق مع موقف الشريعة الإسلامية من ذلك الحكم، لما في ذلك من حفظ للضرورات، ومراعاة للأهم فالأهم، فدفع ضرر هلاك النفس أو أحد الأعضاء والحفاظ على ذلك أولى من حفظ العقل الذي يزول عند شرب الخمر، ثم يعود بعد زمن قليل من شربها.

٥- جواز الاعتداء على مال الغير للضرورة

أموال الغير لها حرمتها لا يجوز المساس بها، ولا الاعتداء عليها بغير حق، فهي معصومة لأصحابها، ولذلك فإن إتلافها وأكلها بغير حق ظلم لا يجوز[١]، قال تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾[٢]، ولكن يرخص استهلاك أموال الناس في أحوال الاضطرار، ومن تلك الأحوال ما يلي: -

أ - أنه يجوز لمن أصابته مخمصة تناول طعام الغير ليحيي به نفسه، ويحل له قتل حيوان الغير - إن لم يجد ما يدفع به جوعه سواه - رخصة، لا إباحةً مطلقة، لأن حرمة المال ثابتة لحق صاحبه وهو لم يبحه[٣]، لذلك فإن على المضطر في هذه الحالة الضمان[٤]، قال الشافعي: - إن الرجل - "وَلَوْ اُضْطُرَّ وَوَجَدَ طَعَامًا لم يُؤْذَنْ له بِهِ لم يَكُنْ له أَكْلُ الطَّعَامِ وكان له أَكْلُ الْمَيْتَةِ، وَلَوْ اُضْطُرَّ وَمَعَهُ ما يشترى بِهِ ما يَحِلُّ فَإِنْ بَاعَهُ بِثَمَنِهِ في مَوْضِعِهِ أو بِثَمَنٍ ما يَتَغَابَنُ الناس بمثله لم يَكُنْ له أَكْلُ الْمَيْتَةِ، وَإِنْ لم يَبِعْهُ إلاَّ بِمَا لاَ يَتَغَابَنُ الناس بمثله كان له أَكْلُ الْمَيْتَةِ، وَالاخْتِيَارُ أَنْ يغالى بِهِ وَيَدَعَ أَكْلَ الْمَيْتَةِ، وَلَيْسَ له بِحَالٍ أَنْ يُكَابِرَ رَجُلاً على طَعَامِهِ وَشَرَابِهِ وهو يَجِدُ ما يُغْنِيهِ عنه من شَرَابٍ فيه مَيْتَةٌ أو مَيْتَةٌ، وَإِنْ اُضْطُرَّ فلم يَجِدْ مَيْتَةً وَلاَ شَرَابًا فيه مَيْتَةٌ وَمَعَ

---

(١) كشف الأسرار، للنسفي، ٢/٥٧٧، ٥٨٥؛ القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٣٨.

(٢) من الآية ١٨٨ من سورة البقرة.

(٣) كشف الأسرار، للنسفي، ٢/٥٨٦.

(٤) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٣٧.

رَجُلٍ شَيْءٌ كان له أَنْ يُكَابِرَهُ، وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يُعْطِيَهُ، وإذا كَابَرَهُ أَعْطَاهُ ثَمَنَهُ وَافِيًا"[1]، وهذا يفيد أن الضرورة في حالة الهلاك من الجوع إنما أباحت للمضطر أخذ المال لدفع جوعه، وفي أن الضرورة سبب لنفي المؤاخذة عن المضطر، ولكن يجب عليه ضمان طعام الغير أو ماله، لأن المال معصوم لصاحبه، وهو لم يبحه بدون ضمان[2].

وبعبارة أوضح: فإن الاضطرار إلى طعام الغير أو ماله لا يلغي حرمة ذلك المال، وإنما يلغي عدم جواز أكله وإتلافه، فللمضطر أكل مال الغير حفاظا على نفسه، لأن حرمة مال الغير أخف من حرمة النفس، وفوات النفس أعظم من إتلاف مال الغير ببدل، ولذلك قال ابن القيم: "قال الفقهاء: إذا اضطر الإنسان إلى طعام الغير وجب عليه بذله له بثمن المثل"[3].

والقانون اليمني قد نص على أن دفع الضرر الأكبر بالإضرار بحق الغير لا يلغي الضمان (التعويض)، فقد نصَّت المادة رقم (٣٠٩) من القانون المدني: على أن "من سبب ضررًا للغير ليتفادى به ضررًا أكبر محدقًا به، أو بغيره، لا يكون ملزمًا إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبًا"، كما نص القانون اليمني صراحة على انتفاء المسئولية الجنائيَّة على من ارتكب فعلاً ألجأته إليه الضرورة، فقد نصَّت المادة رقم (٣٦) من قانون الجرائم والعقوبات على أنه: "لا مسئولية على من ارتكب فعلاً ألجأته إليه ضرورة وقاية نفسه، أو غيره، أو ماله، أو مال غيره، من خطر جسيم محدق، لم يتسبب هو فيه عمدًا، ولم يكن في قدرته منعه بوسيلة أخرى، ويشترط أن يكون الفعل متناسبًا مع الخطر المراد اتقاؤه..."، وقد سبق ذكر شروط الضرورة في القانون اليمني – ولكن المراد هنا الإشارة إلى أنه يترتب على توافر

---

(١) الأم، وبهامشه: مختصر المزني، ٢/٢٢٥-٢٢٦.

(٢) كشف الأسرار، للنسفي، ٢/٥٨٦؛ قواعد الأحكام في مصالح الأنام، للعز بن عبد السلام، ١/٦٦؛ القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٣٧.

(٣) الطرق الحكمية، ٣٣٢.

حالة الضرورة بشروطها السابق ذكرها انتفاء المسئولية الجنائية عن الفاعل، لكونه أقدم على الفعل دون أن يملك القدرة التامة على الاختيار، إلا أن هذا الأثر ليس عامًا، بحيث إذا ارتكب الشخص وهو في حالة الضرورة محظورًا – مما فيه ضرر للآخرين في أموالهم، كإتلافها – فإنه لا يسأل جنائيًا، وإنما يسأل مسئولية مدنية، إذ إنَّ عليه إصلاح الضرر الذي أحدثه أو تعويض المضرور عمّا أصابه؛ وذلك لأن المضرور بريء، ولا يمكن إهدار حقه في التعويض ممًا لحقه من ضرر بفعل الشخص المضطر[1].

ب – أنه يجوز في حالة الدفاع الشرعي الاعتداء على مال الغير بدون ضمان على الدافع، فلو صال حيوان على شخص، ودفعه الشخص المصول عليه عن نفسه بالقتل، فإنه لا يضمنه، لأن إتلاف الحيوان كان لدفع الأذى عن النفس[2]، ولأن الدافع لم يتسبب بالقتل وإنما هو الحيوان الذي صال عليه.

والقانون اليمني قد نص على عدم مسئولية المدافع عن الضرر الذي يحدثه في المعتدي وهو في حالة دفاع شرعي، وهذا واضح من خلال المادة رقم (٣٠٧) من القانون المدني التي نصَّت على أن: "من أحدث ضررًا وهو في حالة دفاع شرعي، عن نفسه، أو عرضه، أو ماله، أو عن نفس الغير، أو عرضه، أو ماله، كان غير مسئول عن تعويض هذا الضرر، على أن لا يجاوز القدر الضروري، فإذا جاوز القدر الضروري أُلزم بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة"، فهذا النصّ صريح على انعدام المسئولية المدنية التي يترتب عليها الإضرار بالغير في حالة الدفاع الشرعي، ولذلك لا يكون الشخص في حالة الدفاع الشرعي ملزمًا بالتعويض، ولكن بشرط أن يكون فعله بقدر الدفاع الشرعي دون تجاوز، فإن تجاوز أُلزم بالتعويض.

---

(١) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٣٤٦، ٣٤٧.

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي، لابن رجب، ٣٧

كما نص القانون اليمني على أن من دافع عن نفسه وألحق فعله ضررًا بالغير، فإن فعله لا يعد جريمة، حيث نصّت المادة رقم (٢٦) من قانون الجرائم والعقوبات على أنه: "لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالا لحق مقرر بمقتضى القانون، أو قيامًا بواجب يفرضه القانون، أو استعمالا لسلطة يخولها"، وقد اعتبر هذا النصّ مبينًا للحالات التي تباح فيها الأفعال التي تتم استعمالا لحق، أو قيامًا بواجب، ومن تلك الحالات: الدفاع الشرعي، فيباح فيه الفعل، كونه استعمالا لحق شرعي[1].

كما ورد النصّ على إباحة الدفاع الشرعي في المادة رقم (٢٧) من نفس القانون، ونصها: "تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا واجه المدافع خطرًا حالاً من جريمة، على نفسه، أو عرضه، أو ماله، أو نفس الغير، أو عرضه، أو ماله؛ وكان من المتعذر عليه الالتجاء إلى السلطات العامّة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب، ويجوز للمدافع عندئذ أن يدفع الخطر بما يلزم لرده، وبالوسيلة المناسبة"، وقد ذكرنا شروط الدفاع الشرعي في القانون اليمني آنفًا، وبناء على حالة الدفاع الشرعي، فإنه إذا وُجدت تلك الحالة بشروطها وترتب على فعل الدفاع الشرعي ضررٌ بالمعتدي، فإن المدافع لا يكون ملزمًا بتعويض المعتدي عمّا يلحقه من ضرر، ما دام أنّ المدافع لم يتجاوز القدر المطلوب لدفعه، لأن المضرور في الدفاع الشرعي يعتبر معتدٍ، وليس له أي تعويض، فيكون فعل المدافع مباحًا[2].

ومن خلال هذا كله يتضح موافقة القانون اليمني للفقه الإسلامي في عدم الضمان في حالة الدفاع الشرعي، ولزومه في حالة الاضطرار.

---

(١) شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص: جرائم الاعتداء على الأشخاص، د. علي حسن الشرفي، ٧٤، ٨٣.

(٢) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٣٤٧

بعض أوجه الإفادة المستخلصة من القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة في رفع الضرر والتيسير وتطبيقاتها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني

من خلال ما سبق عرضه للقواعد المقاصديَّة التشريعيَّة، ومن تطبيقاتها، يمكن استخلاص بعض أوجه الإفادة منها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني، ومن تلك الأوجه ما يلي:ـ

أولاً: أن هذه القواعد تفيد القاضي في استفصال ما يدرأ العقوبة

لمَّا كان في العقوبة ضرر على الشخص، فإنه ووفقًا للقواعد المقاصديَّة، ووفقا لقاعدة: "**درء الحدود بالشبهات**"، لا يجوز توقيع العقوبات إلا إذا تم إثباتها بأدلَّة قاطعة، مع استفصال المتهم عن كل مسقطات العقوبة، لأن الشبهات لا حصر لها، وقد يكون للمتهم شبهة تفيده في درء العقاب عنه، فإذا كان ثمة شك في أن الجاني ارتكبَ الجريمة فإنه لا مناص من الحكم ببراءته، لأن تبرئته في حال الشك أدعى إلى تحقيق العدالة من عقاب البريء مع الشك، ومن هنا فإن القاضي الجنائي يجب عليه مراعاة مبدأ درء الحدود بالشبهات[١].

ثانيًا:أن هذه القواعد تفيد القاضي في تمكين المجني عليه من استعمال الرخص الممنوحة له قانونًا

لقد قرر المشرع اليمني للمجني عليه وورثته من بعده رخصًا في العقوبات، وذلك بهدف مراعاة ظروفه وأحواله، ولذلك فإنّ على القاضي أن لا يُلغي على المجني عليه وورثته هذه الرخص، بحجة زجر الجاني وردعه، بل عليه أن يترك ذلك لرأي المجني عليه وورثته، ومثال ذلك: تخيير ورثة المجني عليه بالقتل

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ١/٢٠٧

بين القصاص من الجاني وبين العفو عنه على الدية وبين العفو عنه مجانًا، فهذه رخصة ممنوحة لورثة المجني عليه بحكم القانون[1]، فلا يملك القاضي إلغاءها.

ثالثًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في الإعذار إلى الجاني إذا كانت جريمته بسبب استعمال الحق

لقد قرر المشرع اليمني رخصًا للأشخاص في بعض الأحوال لا يوصف فيها فعلهم – وإن كان جريمة في حق غيرهم – بأنه جريمة، وذلك كرخصة حق تأديب الوالد لولده، ورخصة الدفاع الشرعي، ففي مثل هذه الأحوال لا يوصف الفعل المجرَّم الذي يأتيه الشخص بأنه جريمة، لأنه استعمله بموجب القانون، ولذلك فإن على القاضي أن يحكم باستبعاد صفة الجريمة عن الجاني في مثل هذه الأحوال، وليس له أن يسبغ على فعل الجاني حينئذ وصف الجريمة، لأن استبعاد صفة الجريمة في هذه الأحوال تعتبر من الرّخص الممنوحة للجاني بحكم القانون[2]، وذلك للضرورة الداعية إلى الأخذ بها، والمتمثلة في أن الجاني لم يكن أمامه وسيلة يدفع بها الضرر إلا ارتكاب المحظور.

رابعًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في البحث عن مواضع الضرورات في التجريم والعقاب

وهذا واضح من خلال قاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**"، فهي تفيد في البحث في ذاتها، ومدى إمكان توقعها من عدمه، ليحاسَب المكلّف أو يعفى من الحساب وفقًا لذلك، وفي هذا يقول الدكتور/ يوسف القرضاوي، مُشيرًا إلى أثر الضرورات في الأحكام: "تقرير مبدأ رعاية الضرورات، والأعذار، والظروف الاستثنائية، بإسقاط الحكم أو تخفيفه، تسهيلاً على البشر، ومراعاة لضعفهم أمام

---

(١) انظر ما سبق في التطبيقات في المبحث السابق من هذا الفصل من هذا الباب.

(٢) انظر ما سبق في التطبيقات في المبحث السابق من هذا الفصل من هذا الباب.

الضرورات القاهرة، والظروف الضاغطة"[1]، فهو يشير إلى أنه ينبغي مراعاة الضرورات عند تقرير الأحكام، وأنه ينبغي الإعذار إلى المكلّف في بعض الأحوال، وبناءً على مبدأ رعاية الضرورات والإعذار إلى المكلّفين بسببها فإنه يتوجه الإعذار إلى المكلّف وعدم عقابه بجرم ارتكبه للضرورة، كشرب الخمر، والسرقة، حيث لا يقطع السارق فيما سرقه في المجاعة – وهي شدة الجوع – [2] لأنه محتاج إلى الأكل، فلا يقطع كالمضطر[3].

أي أن قاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**" تصلح أساسا لرعاية المصالح والاستناد إليها في قيام العذر الشرعي المانع من قيام المسئولية الجنائيَّة، ومثال ذلك: الإجهاض[4] الاضطراري، فإنه يدخل في دائرة الضرورة إذا كان إجراؤه لازمًا استبقاءً لحياة الأم، وعندئذ لا تقوم المسئولية الجنائيَّة على من قام به، استنادا إلى ما ورد في نص المادة رقم (٢٤٠) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني من أنه: "لا عقوبة إذا قرر طبيب مختص أن الإجهاض ضروري للمحافظة على حياة الأم"، ومستند هذه النص: هو العذر الشرعي القائم على رعاية مصلحة أولى بالرعاية، هي مصلحة الأم في الحياة، تطبيقًا للقاعدة الشرعيَّة التي تقضي بارتكاب أخف الضررين لدفع أشدهما، واستنادا إلى قاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**"، فإن الضرورة الداعية إلى إجهاض المرأة تتمثل في توافر حالة الخطر المحدق بالأم، وتيقن اندفاع الخطر عنها بالإجهاض، إلا أن تقدير الضرورة راجع إلى المختصين بتقدير الحالة،

---

(١) الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، ٨٦

(٢) تحرير التنبيه، للنووي، ١٦٢.

(٣) المغني، لابن قدامة، ٢٧٨/٨.

(٤) الإجهاض هو: "الإزلاق والإزالة، والمجهاض: التي من عادتها إلقاء الولد لغير تمام". [تاج العروس، للزبيدي، ١٧/٥]. والمراد به: "إنهاء حالة الحمل بموت الجنين قبل خروجه من الرحم". [شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص: جرائم الاعتداء على الأشخاص، د. علي حسن الشرفي، ٢٣٤].

وهي شهادة طبيب مختص على أن الإجهاض ضروري للحفاظ على حياة الأم[١]، كما أن استمرار الحمل مع تيقن خطره على حياة الأم يتنافى مع القاعدة الشرعيَّة: "لا ضرر، ولا ضرار".

خامسًا: أن هذه القواعد تفيد في تحقيق أهداف العقوبة

أهداف العقوبة هي الوظيفة المبتغاة من العقوبة، ومعرفة وظيفة العقوبة ضرورية للمشرع، إذ إنَّه لا يمكن سَنّ أية عقوبة إلا إذا عُرفت الوظيفة المتوخاة منها[٢]؛ ليتمكن القضاء بعد ذلك من انتقاء العقوبة الملائمة لكل جريمة، ولذلك فإن للعقوبة أهداف، ومن أهمها ما يلي:

١ – **تحقيق الزجر والردع للجاني وإصلاحه وردع أمثاله والناس قاطبة[٣]**: إن العقوبة تهدف إلى إصلاح الجاني وتهذيبه، عن طريق معرفة البواعث والعوامل التي جعلته يسلك طريق الجريمة، والعمل على معالجتها، ثم القضاء على الجريمة، أو على الأقل الحد منها، كما تهدف العقوبة إلى تحقيق الردع العام والخاص، من خلال تأديب الجاني، وتهذيبه، وتقويمه، وردع غيره، وذلك رقاية للمجتمع من ارتكاب الجريمة في المستقبل بمنع تكرارها، سواء من الجاني نفسه إذا فكر في العودة إلى الجريمة، أو من غيره ممن يحتمل تقليدهم له، ولابد أن تكون عقوبة الجاني بحسب جريمته في الكبر والصغر، والقلة والكثرة، إذ من المعلوم بداهة أن التسوية في العقوبات مع تفاوت الجرائم يتنافى مع أهداف العقوبة، لأن مساواة الجناة في أدنى العقوبات ومساواتهم بأقصاها لا يحقق الردع الخاص، كما يتنافى ذلك مع عدالة العقوبة التي تقضي بأن الجاني لا يعاقب إلا بقدر جريمته، كما أن التفاوت بين

---

(١) شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الأشخاص، د. علي حسن الشرفي، ٢٦١؛ شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص، د. حسن علي مجلي، ٢٧٢، ٢٧٣، ٢٨١، ٢٨٣، ٢٨٤.

(٢) الأحكام العامَّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر صالح العبيدي، ٣٣.

(٣) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، ٧/٥٣٤٠.

العقوبات مع استواء الجرائم يتنافى بدوره مع عدالة العقوبة، فلا يتحقق بذلك الردع الخاص، ممَّا يؤدي إلى انتشار الفساد والظلم وكثرة الجرائم بدلا من العمل على منعها، أو التقليل منها، غير أن الألم المادي الذي ينزل بالجاني يلحقه ألم معنوي يتمثل في احتقاره، وتعريضه لاشمئزاز الناس، وهذا يمثل مانعًا يحول بينه وبين ارتكاب الجريمة في المستقبل، إضافة إلى أن الجاني يشعر بفداحة المسئولية والعقاب، فإذا عُوقب أدى ذلك في الغالب إلى العزم على عدم العود إلى جرمٍ ما، فيصلح حاله ويستقيم أمره، لذلك فإن القواعد المقاصديَّة، ومنها: قواعد دفع الضرر تفيد في ضمان تطبيق العقوبة على الجاني دون غيره.

٢ – **منع الجريمة أو التخفيف منها وحماية المجتمع من ظاهرة الإجرام**: لا يمكن في الغالب استئصال الجريمة في أي مجتمع، ولكن يمكن إضعافها وتقليلها، باتباع نظام صارم لتطبيق العقوبات، يحقق الهدف من العقوبة، وهو صيانة الأمن واستتباب النظام ومنع الفوضى، وجعل احتمال الجريمة أمرًا بعيد الحصول، لأن حماية المجتمع من ظاهرة الإجرام من أهداف العقوبة، فأمن الفرد من أمن الجماعة، والعيش في سلام هو غاية كل إنسان، فيكون توقيع العقوبة المناسبة أدعى إلى صون مصلحة المجتمع أكثر من رعاية فرد أو إنسان معين، وهذا يحقق مصالح عامة، هي صون أمن المجتمع والتوجه نحو التنمية وتوفير الطاقات وتقليل الإنفاق على مقاومة الجريمة، فهناك خسائر تلحق بالممتلكات ومصادر الثروة بفعل بعض الجرائم، كالسرقة، وهناك خسائر في الأرواح بسبب القتل، أو الإصابات، وهناك نفقات تنفقها الدول في مكافحة الجريمة – كمرتبات رجال الشرطة، والقضاء – وبذلك يظهر أثر العقوبات في تحقيق الأمن والاستقرار الدائم، لأن ظاهرة الإجرام تحدث قلقًا بالغًاواضطرابًا شديدًا وغليانًا لا يهدأ إلا بالعقوبة الصارمة.

٣ – **حصر الجريمة في أضيق نطاق ممكن**[1]: وهذا من مقاصد التشريع وأهداف العقاب، ويتمثل هذا بالترهيب من إشاعة الفاحشة في المجتمع، لأن الفاحشة إذا شاعت تجرأ الناس على ارتكابها، وهان عليهم اقترافها، ولذلك كان لابد من النصّ

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، ٥٣٤٢/٧.

على العقوبة في التشريعات العقابية، لإعلام الناس بعاقبة اقتراف الأفعال غير المشروعة، حتى يتجنب اقترافها من كان يرغب في ذلك.

٤- **الحفاظ على المقاصد العامَّة للتشريع:** تقوم خطة التشريع في التجريم والعقاب على أساس الحفاظ على المصالح الأساسية، وهي: الدين، والنفس، والعقل، والعرض، والنسل، والمال، وهي المصالح التي لا تستقيم الحياة الإنسانية إلا بوجودها وحمايتها، فيكون الاعتداء عليها جريمة يعاقَب عليها المعتدي بما يتناسب مع جسامة الجرم وخطورته[١].

والخلاصة: أن العقوبات أدوات فعالة في القضاء على الجريمة، ووسائل فاعلة في نشر الأمن والسلامة واستئصال الجريمة.

وممّا يساعد على تحقيق كلّ هذه الأهداف: الاستعانة بوسائل الإعلام المختلفة – كالصحف، والإذاعات – في توعية الناس بعقوبة الجرائم، وبإعلان تنفيذ بعض العقوبات لاسيما العقوبات الكبرى، كالقتل، والقطع، والجلد، لأن تقدم المدنية ووجود كثير من وسائل الإعلام الحديثة يكون وافيًا بالغرض وأكثر ملاءمة، كما يصح أن يكون الإعلام عن طريق نشر عقوبة كلّ جان بين أقرانه وبين قومه أو أصحاب حرفته، بلصق الحكم الذي يصدر ضده في مكان معين ظاهر يكون تحت نظر الجميع[٢].

سادسًا: أن هذه القواعد تعين القاضي على فهم مدلولات النُّصوص الجنائيَّة.

القواعد المقاصديَّة التي وضعها العلماء يجب الإلمام بها ومراعاتها على كلّ من يتعرض لتفسير النُّصوص التشريعيَّة، ليتبين لهم أن الشارع أراد من التشريع تحقيق مقاصد، ولا يمكن أن تفهم النُّصوص على حقيقتها إلا إذا عُرِف مقصد الشارع من وضع الأحكام، لأن دلالة الألفاظ والعبارات على المعاني قد تحتمل أكثر من وجه، والذي يساعد على ترجيح واحد من هذه الوجوه على غيره هو الوقوف على

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي ، ٥٣٤٣/٧

(٢) التعزير في الفقه الإسلامي، د. عبد العزيز عامر، ٤٥٩، ٤٦٠، ٤٦١.

قصد الشارع[1].

وحيث إنَّ القاضي – وهو بصدد نظر الوقائع المرفوعة أمامه – بحاجة إلى فهم النُصوص، فإنه يستعين بالقواعد المقاصديَّة في تفهم النُصوص، ومعرفة مراميها، وما يدخل تحتها، كما أنها تعينه على معرفة النَّصّ الواجب التطبيق، ومدى سلطته في تفسير النص، أو إعماله، أو إبطاله، مع ملاحظة أن القاضي في المسائل المدنية والشخصيَّة يطبق هذه القواعد بتوسع، ويجتهد فيها لبحث الواقعة التي لا نص فيها، ليصل لمعرفة حكمها، وأن يجعل للعرف والعدالة وغير ذلك من الاعتبارات مكانًا عند تفسير النَّصّ وتطبيقه على الواقعة المعروضة عليه، إلا أن القاضي الجنائي مقيد بأن يحصر اجتهاده في تفسير النَّصّ وتطبيقه، حتى لا يؤدي ذلك إلى خلق جريمة أو عقوبة عن طريق العرف أو غيره، وله أن يفيد من هذه القواعد في الإجراءات الجنائيَّة[2] للبحث من خلالها عن الإجراءات الموصلة إلى معرفة حقيقة نسبة الجريمة إلى المتهم، كما أن حكمة النَّصّ أو (مقصد النص) تكشف الغاية التي يهدف النَّصّ القانوني إلى تحقيقها، بالنظر إلى طبيعة المصلحة التي يهدف النَّصّ إلى حمايتها، أو طبيعة المفسدة التي يهدف النَّصّ إلى دفعها، فكثيرًا ما يفيد الوقوف على هذه الغاية في التعرف على حقيقة معنى النَّصّ ما لم تكن ألفاظه واضحة الدَّلالة على معنى معين[3].

سابعًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في فهم مجالات استبعاد العقاب والأعذار المخففة منه، سدًا للثغرات التي توجد في النُصوص الجنائيَّة

من الأصول الجنائيَّة: أن **الأصل في العقاب أنه من لوازم التجريم، فلا جريمة بلا عقوبة**[4]؛ ومقتضى هذا الأصل: أنه إذا وقعت جريمة واستكملت أركانها

---

(١) التشريع الجنائي الإسلامي، لعبد القادر عودة، ١/٢٠٢.

(٢) السابق، ١/٢٠٦، ٢٠٧.

(٣) النظام الجنائي –أسسه العامة في الاتجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي– د. عبد الفتاح خضر، ١/٩٦، ٩٧

(٤) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٤٩٦

وجب إيقاع العقوبة على مرتكبها، إلا أن هذا المقتضى غير مطرد، فهناك أحوال تقع فيها الجريمة مكتملة الأركان، ومع ذلك لا يعاقب فاعلها، لعلة يرى المشرع معها أن رفع العقاب أولى من إنزاله لاعتبارات إنسانية أحيانًا، ونفعية أحيانًا أخرى، أي أن العقوبات التي يقدرها القانون لكل جريمة مقدرة للظروف العادية، وفي حق الشخص العادي، ولكن قد يرتكب الجريمة شخص غير عادي في ظروف غير عادية، فتكون العقوبة المقررة أصلا للجريمة التي ارتكبها غير مناسبة، أو غير عادلة، ولذلك تنص القوانين الجنائيَّة على أسباب تخفيف العقوبة[1]، والتي يراد بها: "أن يستبدل القاضي الجنائي بالعقوبة المقررة قانونًا للجريمة عقوبة أخف منها نوعًا أو مقدارًا"[2]، وهذه الأسباب ليست نوعًا واحدًا، بل تتنوع إلى أنواع سيتم توضيحها على النحو التالي: -

أنواع تخفيف العقوبة

تخفيف العقوبة له أسباب، وهذه الأسباب نوعان: أعذار قانونية، وظروف قضائية[3].

النوع الأول: الأعذار القانونية

وهي: "ظروف استخلصها الشارع بنفسه، باعتبارها ممًا يستدعي تخفيف العقاب على المجرم، ونص عليها وبيّن أحكامها في نصوص خاصة، وجعل أثرها في التخفيف – كقاعدة عامة – وجوبيًا يلتزم به القاضي في الحدود التي بيّنها النص، متى ثبت قيامها"[4].

(١) قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٤٩٦، ٤٩٧؛ الأحكام العامّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ٢١٢.

(٢) القانون الجنائي- المدخل وأصول النظرية العامّة- د. علي راشد، ٦٣٢.

(٣) القانون الجنائي- المدخل وأصول النظرية العامّة- د. علي راشد، ٦٣٢؛ التعزير في الشريعة الإسلامية، د.عبد العزيز عامر، ٤٨٥ ـ ٤٨٨، الأحكام العامّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ٢١٣.

(٤) القانون الجنائي -المدخل وأصول النظرية العامّة- د. علي راشد، ٦٣٣

الأعذار القانونية المخفِّفة من العقاب نوعان: أعذار خاصة، وأعذار عامة[1]

١ – **الأعذار القانونية الخاصَّة المخفِّفة من العقاب:** وهي: تلك التي لا يجعل لها الشارع اعتبارا إلا بالنسبة إلى جرائم معينة محصورة، بحيث لا تنتج أثرها في التخفيف إلا بالنسبة لهذه الجرائم دون غيرها[2]، ونجد أن القانون اليمني قد نص على عدة أعذار قانونية مخفِّفة للعقوبة في عدة مواضع، في عقوبات القصاص، والحدود، والتعازير، ففي عقوبات القصاص نجد مثالاً فيما نص عليه قانون الجرائم والعقوبات اليمني في المادة رقم (٢٣٢) بقوله: "إذا قتل الزوج زوجته هي ومن يزني بها، حال تلبسهما بالزنى، أو اعتدى عليها اعتداء أفضى إلى الموت، أو عاهة، فلا قصاص في ذلك، وإنما يعزّر الزوج بالحبس مدة لا تزيد على سنة، أو بالغرامة، ويسري ذات الحكم على من فاجأ إحدى أصوله، أو فروعه، أو أخواته، متلبسة بجريمة الزنى"، فهذا العذر المنصوص عليه في المادة يسمى: "عذر الاستفزاز والغيرة"، الذي لا يستفيد منه غير الزوج وأصول وفروع وإخوان المرأة المزني بها، بشرط أن تُضبط المرأة متلبسة بالزنى، ولم يشترط القانون اليمني أن يكون التلبس قد كُشف بطريق المفاجأة، وهو ما يعني: أن حالة التلبس تقوم حتى ولو لم يتم كشفها بطريق المفاجأة، فيتحقق ولو كان الفاعل على يقين من خيانة المرأة، ولكنه أراد ضبطها متلبسة

---

(١) القانون الجنائي –المدخل وأصول النظرية العامّة– د. علي راشد، ٦٣٤، قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٤٩٧؛ التعزير في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز عامر، ٤٨٨؛ الأحكام العامّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ٢١٨

(٢) القانون الجنائي – المدخل وأصول النظرية العامّة– د. علي راشد، ٦٣٤؛ الأحكام العامّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د.طاهر العبيدي، ٢١٨.

بالزنى فترصد لها وعقد على قتلها، وشرط القانون في هذا العذر أن يقع قتل المرأة الزانية وشريكها في نفس اللحظة التي يشاهَد فيها فعل الزنى[1].

ومن الأعذار المخففة للعقوبة في جرائم القصاص أيضًا: عذر الأبوة[2]، الذي نص عليه قانون الجرائم والعقوبات اليمني في المادة رقم (٢٠٣) بقولها: "إذا اعتدى الأصل على فرعه بالقتل، أو الجرح، فلا قصاص، وإنما يحكم بالدية، أو الأرش، ويجوز تعزير الجاني في هذه الحالة بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات، أو بالغرامة في القتل، وبالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر وبالغرامة في الجرح ما لم يحصل عفو"، ولا شك أن هذا العذر لا يقتصر على الأب وحده، بل يسري على الأم من باب أولى.

وفي عقوبات الحدود: نجد أن المشرع اليمني نص على عدة أعذار مخففة للعقوبة، كما في جريمة السرقة، التي نص فيها على أعذار تُخفف العقوبة، ومنها: حصول السرقة بين الأصول، والفروع، أو بين الزوجين، أو بين المحارم[3]، فإذا توافر هذا العذر، فإن الجاني لا يعاقب بقطع يده، وإنما بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات[4]، وأساس التخفيف لمثل هذه الأمور، هي شبهة اعتقاد السارق في أن له حقًا في المال المسروق، فالأب مثلاً، لا يقطع بالسرقة من مال ولده وإن سفل، وسواء في ذلك الأب، والأم، والابن، والبنت، والجد، والجدة من الأب، والجدة من

---

(١) الأحكام العامّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ٢٢٠-٢٢٢.

(٢) السابق، ٢٢٢.

(٣) انظر المادة رقم(٢٩٩) من قانون الجرائم والعقوبات، التي جاء فيها: أنه "لا تعتبر جريمة السرقة حدية... إذا حصلت السرقة بين الأصول والفروع، أو بين الزوجين، أو بين المحارم".

(٤) انظر المادة رقم(٣٠٠) من قانون الجرائم والعقوبات، التي تنص على أنه "إذا ارتكب الفاعل جريمة سرقة، ولا تتوافر في فعله شروط الحد، أو سقط الحد لأي سبب من أسباب السقوط -إذا لما يصاحب الجريمة إكراه أو تهديد- يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات".

الأم[1]، لقول النبي ﷺ «أنت ومالك لأبيك»[2]، فلا يجوز قطع الإنسان بأخذ ما أمر النبي ﷺ بأخذه، ولا بأخذ ما جعله النبي ﷺ مالاً مضافاً إلى الإنسان، فمال الابن مضافاً إلى الأب، ولأن: "**الحدود تدرأ بالشبهات**"، وأعظم الشبهات أخذ الرجل من مال جعله الشرع له، وأمره بأخذه وأكله، وكذلك لا يقطع الابن وإن سفل بسرقه والده وإن علا، لأن بينهما قرابة، فأشبه الأب في عدم قطع يده بسرقة مال ابنه، ولأن النفقة تجب في مال الأب لابنه، حفظاً له، فلا يجوز إتلاف عضو منه من أجل حفظ المال[3]، وأما سرقة أحد الزوجين من مال الآخر فإنه لا قطع لأحدهما، لوقوع الخلل في الحرز، ولوجود الإذن في الدخول إلى الأماكن المحرزة بينهما، ولأن كل منهما

---

(١) المختصر، للخرقي، مع المغني، لابن قدامة، ٢٧٥/٨.

(٢) أخرجه ابن ماجه واللفظ له من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عند جده، قال: جاء رجلٌ إلى النبيِّ ﷺ فقال: إن أبي اجتاح مالي، فقال: «أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ» (١٢) كتاب التجارات (٦٤) باب ما للرجل من مال ولده، حديث رقم (٢٢٩٢) ٧٦٩/٢؛ وأبو داود (١٧) كتاب البيوع (٧٩) باب في الرجل يأكل من مال ولده، حديث رقم (٣٥٣٠) ١٥٢٩/٣؛ وأحمد في "مسنده" ١٧٩/٢ والجميع من طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وللحديث شواهد منها: حديث جابر بن عبد الله، أن رجلاً قال: يا رسول الله، إنّ لي مالاً وولداً، وإنّ أبي يريد أن يجتاح مالي، فقال: «أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ» أخرجه ابن ماجه في السنن (١٢) كتاب التجارات (٦٤) باب ما للرجل من مال ولده، حديث رقم (٢٢٩١) ٧٦٩/٢. وحديث جابر ذكره الهيثمي وقال: "رواه ابن ماجه باختصار، رواه الطبراني في الأوسط، ورجاله رجال الصحيح، خلا شيخ الطبراني حبوش بن رزق الله، ولم يضعفه أحد". [مجمع الزوائد، ٢٧٥/٤. حديث رقم (٦٧٦٩)].

والاجتياح هو الاستئصال، ومعنى الحديث: أن الأب يستأصل مال والده فيأتي عليه، ومعنى: "أنت ومالك لأبيك" أي أن: الأب إذا احتاج إلى مال ولده أخذ منه قدر الحاجة، كما يأخذ من مال نفسه، وليس المراد إباحة ماله واعتراضه حتى يجتاحه ويأتي عليه لا على هذا الوجه. [عون المعبود شرح سنن أبي داود، لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، ٤٤٦/٩. مع شرح الحافظ ابن قيم الجوزية، ضبط وتحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، الناشر: محمد عبد المحسن ضابط المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، ط٢، ١٣٨٨هـ-١٩٦٩م].

(٣) المغني، لابن قدامة، ٢٧٥/٨، ٢٧٦.

يعتقد أنه مأذون له في التصرف في مال الآخر، وكل هذه شبهات دارئة للحد[1]، ويتأكد هذا الأمر في حق الزوجة، فإنها إن سرقت من مال الزوج فلا قطع عليها، لأن لها حقًا في ماله، وهذا الحق هو الإنفاق، وأما سائر الأقارب - كالإخوة، والأخوات، ومن عداهم - فإنه وإن كانت بين السارق والمسروق منه قرابة، إلا أن هذه القرابة لا تمنع قطع يد السارق إلا عند وجود الخلل في الحرز ووجود الإذن في الدخول إلى الأماكن المحرزة[2].

وأما في عقوبات التعزيز فمن أمثلة الأعذار المخففة للعقوبات التعزيرية: تخفيف العقوبة على مختطف الصغير إذا كان الخاطف أبًا، أو أمًا، أو وليًا له[3].

٢ - **الأعذار القانونية العامّة المخفّفة من العقاب**: وهي: تلك الأعذار التي إذا تحققت يشمل أثرها كل الجرائم بغير تحديد، ويتضمن التشريع الجنائي من هذه الأعذار: عذر صغر السنّ، فالقانون يخفف العقوبة على الصغير وجوبًا، ولكن بدرجات متفاوتة، تبعًا لسنّه وقت ارتكاب الجريمة، فهذا العذر عام، ويؤدي توافره إلى تخفيف جميع عقوبات الجرائم التي يرتكبها الصغير[4]، وقد نص القانون اليمني على هذا العذر في المادة رقم (٣١) من قانون الجرائم والعقوبات، التي نصّت على ذلك بقولها: "لا يسأل جزائيًا من لم يكن قد بلغ السابعة من عمره وقت ارتكاب الفعل

---

(١) المختار، والاختيار لتعليل المختار، لابن مودود الموصلي، ٤/١٠٩، ٢٧٧؛ المغني، لابن قدامة، ٨/٢٧٦، ٢٧٧.

(٢) المغني، لابن قدامة،٨/٢٧٧.

(٣) انظر المادة رقم(٢٥١) من قانون الجرائم والعقوبات، التي جاء فيها: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاثة أشهر، أو بالغرامة، كل من امتنع عمدًا عن تسليم الصغير، ومن في حكمه، إلى حاضنه الشرعي، ولا يعاقب أب الصغير، أو من في حكمه، أو أمه، أو وليه الشرعي، إذا خطفه معتقدًا بحسن نية أنه صاحب الحق في الحضانة شرعًا، أو كان في يده حكم بذلك...".

(٤) القانون الجنائي -المدخل وأصول النظرية العامّة- د. علي راشد، ٦٣٥؛ التعزير في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز عامر، ٤٨٨؛ الأحكام العامّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ٢١٨.

المكوّن للجريمة، وإذا ارتكب الحدث الذي أتم السابعة ولم يبلغ الخامسة عشرة الفعل، أمر القاضي – بدلاً من العقوبة المقررة – بتوقيع أحد التدابير المنصوص عليها في قانون الأحداث، فإذا كان مرتكب الجريمة قد أتم الخامسة عشرة ولم يبلغ الثامنة عشرة، حكم عليه بما لا يتجاوز نصف الحد الأقصى للعقوبة المقررة قانوناً، وإذا كانت هذه العقوبة هي الإعدام، حكم عليه بالحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ولا تزيد عن عشر سنوات..."، أي أنه لا يعتبر الشخص مسئولاً مسئولية جزائية تامة إذا لم يبلغ الثامنة عشرة وقت ارتكابه الفعل، وإذا كانت سن المتهم غير محققة، قدّرها القاضي بالاستعانة بخبير، وعلة تخفيف العقوبة على الصغير بين السابعة والثامنة عشر: هي ضرورة التمشي مع مقررات الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية بشأن المسئولية الجنائيّة التي ترتبط بملكتي: الإدراك، والاختيار؛ لأن مدار الأهلية هو التمييز، وحرية الاختيار، ولذلك تمتنع المسئولية الجنائيّة بامتناع أحدهما[١]، وعذر الصغر لا يكون له تأثير إلا على العقوبات الجزائيّة، أما الحقوق الخاصّة بالمجني عليه فلا يكون له أي تأثير عليها، فلذلك يُلزم الصغير في القتل بالدية، أو الأرش، وتكون على عاقلته، وإذا لم تفِ فمن ماله[٢].

ومما يندرج تحت الأعذار القانونية: ما يسمى بالأعذار المعفية من العقوبة، أو موانع العقاب[٣]، وهي ظروف أو أسباب منصوص عليها في القانون، مستقلة عن الجريمة، ويترتب على توافرها إعفاء الجاني مع بقاء مسئوليته القانونية عن الجريمة

---

(١) قانون العقوبات، القسم العام، د.عوض محمد، ٤٦١؛ الأحكام العامّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ٢١٩.

(٢) الأحكام العامّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ٢١٩.

(٣) القانون الجنائي –المدخل وأصول النظرية العامّة– د. على راشد، ٦٤١، ٦٤٢؛ قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٤٩٦، ٤٩٧؛ التعزير في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز عامر، ٤٩٣؛ الأحكام العامّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ٢١٤.

التي اقترفها[1]، وعلة الأعذار المعفية من العقاب ترجع إلى اعتبارات نفعية مستمدة من السياسة العقابية، أساسها: تقدير المشرع أن المنفعة الاجتماعيّة التي يحققها عدم معاقبة الجاني في جرائم معينة تفوق المنفعة التي يحققها العقاب، فيقرر وفقًا لذلك إعفاء الجاني من العقوبة طلبًا للمنفعة الأهم اجتماعيًا[2].

ومن صور الأعذار المعفية من العقاب على أساس منفعة المجتمع: إعفاء الجاني من العقوبة بقصد تشجيعه على عدم الاسترسال في عمله الإجرامي حتى نهايته ليتجنب المجتمع بذلك أضرارًا كان مهددًا بها[3]، وذلك كإعفاء من تاب من المحاربين قبل القدرة عليه في جريمة الحرابة، وفقًا لما نصَّت عليه المادة رقم (٣٠٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمنى، التي جاء فيها: "يعفى من العقوبات المقررة في هذا الفصل من تاب من المحاربين قبل القدرة عليهم، دون أن يخل هذا الإعفاء بحقوق الغير، من قصاص، أو دية، أو أرش، إذا توفرت حالاته الشرعيَّة".

ومن صور الأعذار المعفية من العقاب أيضًا: إعفاء الجاني من العقوبة بقصد الحفاظ على صلات المودة بين ذوي القربى والأصهار، لكي لا يؤدي توقيع العقوبة على الجاني إلى قطع صلته بأقاربه أو أصهاره، فيكون في الإعفاء من العقوبة صيانة لهذه الصِّلات[4]، ومثال ذلك: ما نصَّت عليه المادة رقم (١٩٠) من

---

(١) الأحكام العامَّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د.طاهر العبيدي، ٢١٤.

(٢) القانون الجنائي -المدخل وأصول النظرية العامَّة- د. على راشد، ٦٤١، ٦٤٢؛ قانون العقوبات، القسم العام، د. عوض محمد، ٤٩٦، ٤٩٧؛ الأحكام العامَّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ٢١٥.

(٣) القانون الجنائي -المدخل وأصول النظرية العامَّة- د. على راشد ٦٤١؛ التعزير في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز عامر، ٤٨٦؛ الأحكام العامَّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ٢١٦.

(٤) القانون الجنائي -المدخل وأصول النظرية العامَّة - د. علي راشد، ٦٤٢؛ التعزير في الشريعة الإسلامية، د. عبد العزيز عامر، ٤٨٧؛ الأحكام العامَّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ٢١٦

قانون الجرائم والعقوبات اليمني التي تقرر إعفاء من أخفى زوجه، أو أحد أصوله، أو فروعه، أو أخواته، أو إخوانه، ومن في منزلة هؤلاء من أقاربه بحكم المصاهرة، من العقوبة[1]، حيث نصَّت على ذلك بقولها: "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات، أو بالغرامة كلّ من أخفى متهما بجريمة، أو محكومًا عليه فيها، ولا يجوز أن تتعدى العقوبة الحد الأقصى للجريمة الأصلية، ولا يسرى حكم هذه المادة على من أخفى زوجه، أو أحد أصوله، أو فروعه، أو أخواته، ومن في منزلة هؤلاء من أقارب بحكم المصاهرة".

النوع الثاني: الأعذار القضائية

وهذا النوع يسمى: "الظروف القضائية المخففة"؛ لأنه ليس بوسع المشرع أن يحصرها مقدمًا، لأنها بطبيعتها تستعصي على الحصر، فيُترك الأمر فيها للقاضي يستخلصها ويقدرها، تبعًا لملابسات كل دعوى، ولذلك يقال لها: الظروف القضائية المخفّفة، أو: أسباب الرأفة، والمقصود: رأفة القضاة بطبيعية الحال[2]، وقد نص القانون اليمني على جملة من تلك الظروف، لتكون هاديًا للقاضي في تقديرها، دون أن يتعرض لكثير من الزلل[3]، فقد نصَّت المادة (١٠٩) من قانون الجرائم

وإذا كان أثر العذر المعفي من العقاب هو عدم العقاب، إلا أن ذلك لا يمس قيام الجريمة في ذاتها، أو باعتبار المجرم المعفي من العقاب مسئولا عنها ومستحقا للعقاب أصلًا، كما أنه من الجائز أن يُسأل المعفي عنه من العقاب مدنيًا عن الأضرار التي تكون قد نشأت عن جريمته. [القانون الجنائي- المدخل وأصول النظرية العامَّة - د. علي راشد، ٦٤٢].

(١) الأحكام العامَّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ٢١٦.

(٢) القانون الجنائي -المدخل وأصول النظرية العامَّة- د. علي راشد، ٦٣٢؛ الأحكام العامَّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ٢١٦، ٢٢٤.

(٣) الأحكام العامَّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية، د. طاهر العبيدي، ٢٢٧.

والعقوبات، على أن: "يقدّر القاضي العقوبة التعزيرية المناسبة بين الحدين الأعلى والأدنى المقررين للجريمة، مراعيًا في ذلك كافة الظروف المخففة، أو المشدّدة، وبوجه خاص درجة المسئولية، والبواعث على الجريمة، وخطورة الفعل، والظروف التي وقع فيها، وماضي الجاني الإجرامي، ومركزه الشخصي، وتصرفه اللاحق على ارتكاب الجريمة، وصلته بالمجني عليه، وما إذا كان قد عوّض المجني عليه، أو ورثته، وعند تحديد الغرامة يراعي القاضي المركز الاقتصادي للجاني، وإذا كانت العقوبة المقررة للجريمة هي الإعدام، واقترنت بظرف مُخفف، طبق القاضي عقوبة الحبس بحدّ أعلى لا يتجاوز خمس عشر سنة (هكذا والصواب خمس عشرة سنة)، وبحدّ أدنى لا يقل عن خمس سنوات"

ولمّا كان القانون اليمني قد جعل القواعد التشريعيّة المتمثلة في التيسير ورفع الحرج، ومراعاة الظروف والأحوال والضرورات من المواد الأساسية في تطبيق القانون، فإنه يمكن للقاضي الإفادة من تلك القواعد في تحقيق أغراض الظروف القضائية المخففة، والتي من أهمها: أنها وسيلة يسد بها القاضي الثغرات التي قد توجد في النصوص الجزائيّة.

ثامنًا: أن هذه القواعد تفيد القاضي في التفسير الواسع بالنسبة للإعفاء من العقاب.

إن فهم القاضي للقواعد المقاصديّة التشريعيّة يفيده في الأخذ بالتفسير الواسع بالنسبة للإعفاء من العقاب، وفقًا لجلب المصالح ودرء المفاسد، ومن تطبيقات ذلك: تطبيق حكم الإعفاء الوارد في الفقرة الثانية من المادة رقم (٢٧) من قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني التي تعتبر جرائم الأموال بين الأصول، والفروع، والزوجين، والإخوة، والأخوات، من الجرائم التي لا يجوز للنيابة رفع الدعوى الجزائيّة فيها أمام المحكمة إلا بناء على شكوى المجني عليه أو من يقوم مقامه[1]، فحكم الإعفاء هذا ينطبق على جرائم الأموال، كالسرقة، والتبديد، والغصب، وغيرها،

(١) انظر نص المادة في البند الثالث من المبحث السادس من هذا الفصل.

بحيث يترتب على عدم شكوى المجني عليه أو من ينوب عنه عدم رفع الدعوى الجزائيَّة أمام المحكمة من قبل النيابة على الأشخاص الذين ورد ذكرهم حصرًا في هذه المادة، ولعلّ السبب في ذلك يرجع إلى اتحاد هذه الجرائم في النوع، فجميعها تعد اعتداء على المال، كما أن العلة في امتداد أثر الإعفاء إليها واحدة، فالمصلحة من تقرير هذا الإعفاء تبدو في الحفاظ على أواصر المودة بين الأشخاص المذكورين آنفًا، ولذلك فإنه إذا عرضت النيابة على القاضي واقعة تشكل جريمة غصب، أو سرقه، وكان أطرافها ممن ورد ذكرهم آنفًا، فإن عدم شكوى المجني عليه أو من يقوم مقامه يُلزم القاضي أن يطبق عليها أثر عدم الشكوى، ويحكم بعدم جواز النظر فيها، وذلك أخذًا بالتفسير الواسع بالنسبة للأسباب المعفية من العقاب[1]، وحتى لو رفعت الدعوى الجزائيَّة في جرائم الأموال بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين المحارم، من قبل المجني عليه أو من يقوم مقامه، فإن القاضي يحكم بإسقاط حد السرقة إذا ثبت، لمصلحة متوخاة هي الحفاظ على أواصر المودة بين هؤلاء الأشخاص، وهذا ما ذكرته الفقرة الثانية من المادة رقم (٢٩٩) من قانون الجرائم والعقوبات اليمني التي تناولت مسقطات حد السرقة، وجعلت منها: أن يثبت أمام المحكمة حصول السرقة بين الأصول، والفروع، أو بين الزوجين، أو بين المحارم[2]، أي أن القاضي مُلزم بإسقاط حد السرقة.

وبناء على الحفاظ على أواصر القربى بين الأشخاص المذكورين، فإنه لا يجوز للنيابة رفع الدعوى الجزائيَّة أمام المحكمة في جريمة السرقة، ومثلها جريمة الغصب، وكل جرائم الأموال التي تقع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين المحارم، إلاّ بناءً على شكوى المجني عليه أو من يقوم مقامه، وذلك لأن الحفاظ على

---

(١) الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائيّة، د. علي حمودة، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان، العدد الأول، يناير ــ يونيو، ١٩٩٩م، ٣٤٠.

(٢) سبق ذكر هذا النصّ في مواضع كثيرة من البحث.

أواصر المودة بين هؤلاء الأشخاص من الأسباب المعفية من العقاب[١]؛ ولذلك فإن مبادئ الشريعة الإسلامية تصلح أن تكون مصدرًا لمجالات استبعاد العقاب[٢]، وفي هذا يقول الدكتور/علي حمودة: "يجوز التفسير الواسع بالنسبة للأسباب المانعة من العقاب"[٣]، ويقول الدكتور/ محمود نجيب حسني: "المبدأ المقرر في الفقه والقضاء: أنه لا يشترط أن تُستند الإباحة إلى نص في القانون، وإنما يجوز أن تكون غير النصوص التشريعيَّة مصادر لها"، ويقول – عن مجالات استبعاد العقاب –: إنه من السائغ "أن يكون غير النصّ التشريعي مصدرًا لهذه الحالات، وبناء عليّ ذلك استقر الفقه والقضاء على الاعتراف بحق الزوج في تأديب زوجته، وحق الأبوين في تأديب ابنهما القاصر، استنادا إلى قواعد الشريعة الإسلامية"[٤].

(١) السابق، نفس الصفحة.

(٢) الدستور والقانون الجنائي، د. محمود نجيب حسني، ١٨

(٣) الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائيّة، ٣٤٠.

(٤) الدستور والقانون الجنائي، ١٨.

الباب الخامس

الباب التطبيقي للإفادة من القواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية في مجال الأحوال الشخصيَّة وفي المجال الجزائي ورأي الباحث فيها

ويشتمل على:ـ

- **الفصل الأول:** أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية في مجال الأحوال الشخصيَّة ورأي الباحث فيها.

الفصل الثاني: أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية في المجال الجزائي ورأي الباحث فيها.



الفصل الأول

أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية في مجال الأحوال الشخصيَّة ورأي الباحث فيها

لمّا كانت الأبواب والفصول السابقة قد كشفت عن أهمية القواعد الأصولية والفقهية في المجال القضائي، من حيث فهم وقائع الدعوى، وحسن تضمينها، وصياغتها من قبل القاضي، ومن حيث أثرها في تسبيب الأحكام، وسلامة منطوقاتها، وفي تحقيق العدل، كان لابد من دراسة بعض الأحكام القضائية اليمنية في مجال الأحوال الشخصيَّة لمعرفة مدى إعمال القضاة لتلك القواعد، ولبيان أثرها في تلك الأحكام، وفيما يلي نماذج منها: –

التطبيق الأول: حكم صادر من المحكمة العليا بتاريخ ١٦ رمضان سنة ١٣٦٧هـ

موضوعه: الولاية عن الغائب

جاءت خلاصة هذا الحكم في موجز ومبدأ، وذلك على النحو التالي: –

الموجز: "للمحكمة أن تنصب وكيلاً عن الغائب – عند الاقتضاء – للمحافظة على أمواله".

المبدأ: "للحاكم التوكيل لمن يحاكم المغتصبين لمكان الولاية له على مال الغائب"[(1)].

---

(١) مجلة البحوث والأحكام القضائية اليمنية، الجمهورية العربية اليمنية، وزارة العدل، المحكمة العليا للنقض والإقرار، المكتب الفني، العدد الأول، السنة الأولى، جمادى الثانية، ١٤٠٠ هـ – إبريل– ١٩٨٠م، ص٧١. وانظر في هذا الحكم: [الوثيقة رقم (١) في آخر هذا البحث].
وهذا المبدأ هو مضمون نص المادة (٥٣) من القانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م، بشأن القانون المدني، التي نصَّت على هذا بقولها: "للغائب الذي خفي مكانه وانقطعت أخباره ومضت سنة

القاعدة المشار إليها في الحكم: هي قاعدة "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة".

ووجه الاستدلال بالقاعدة: هو أن هذه القاعدة يدل عليها فحوى تعليل المحكمة لحكمها القاضي بإعطاء الحاكم سلطة التوكيل لمن يحاكم المغتصبين لمال الغائب، وذلك لوجود ولاية للحاكم على مال الغائب.

ويظهر هذا التعليل بوضوح أكثر في موجز الحكم الذي علَّل ولاية تنصيب المحكمة وكيلاً عن الغائب بأنه للمحافظة على أمواله، وهذا يعني أن التعليل هو مصلحة الحفاظ على أمواله، ذلك أن سلطة المحكمة في تقديم وكيل للغائب يعمل لمصلحته في أمواله تفرضها أحوال الغائب نفسه، مثل حالة عدم إقامة الغائب قبل غيبته وكيلاً أو وصيًا للمحافظة على أمواله، أو لا يوجد للغائب زوجة ولا أولاد، ومثل حالة عدم وجود زوجة أو أولاد للغائب، أو وجودهم مع ثبوت تفريطهم في ماله، أو الخشية من تضييعهم المال؛ فهاتان الحالتان إذا ثبتتا أمام المحكمة فإنها تعيِّن منصوبًا عن الغائب لإدارة أمواله، مراعية في ذلك الرشيد الأمين من أقاربه.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن الإشارة الضمنية إلى قاعدة: "**تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة**"، والتعليل بولاية المحكمة في تنصيب من يقوم عن الغائب لمخاصمة مغتصبي أمواله يدل على أن تعليل المحكمة بهذه القاعدة في محله، ذلك أنه لو لم يكن الهدف من نصب وكيل عن الغائب هو مصلحة الحفاظ على أمواله –

على غيابه ولم يكن له وكيل أو ولي أو وصي تعتبر زوجته وأولاده البالغون وكلاء عنه في ماله لإدارته والمحافظة عليه والإنفاق منه على من تلزمه نفقتهم وقضاء ديونه، واقتضاء حقوقه، فإذا لم يكن له زوجة ولا أولاد أو ثبت تفريطهم وخشي ضياع المال تعين المحكمة منصوبًا عنه مقدمة في ذلك الرشيد الأمين من أقاربه تسلم إليه أموال الغائب للمحافظة عليها وتكون له سلطات الوصي وعليه واجباته تحت إشراف المحكمة".

وهو الذي تسنده المحكمة – لما أعطي للقضاء سلطة ولاية التنصيب عن الغائب؛ ذلك أن مفهوم القاعدة هو أن كون العبرة في تصرفات الإمام للرعية بموافقتها للمصلحة، الموافقة للشرع[1]، والرعية هنا: هم عموم الناس الذين هم تحت ولايته[2]، ولا ينحصر نطاق القاعدة في شخص الإمام بما معه من ولاية عامة على الرعية، بل إن هذه القاعدة يدخل فيها: القضاة، وغيرهم، لأنهم يستمدون ولايتهم من الإمام ويقومون مقامه[3]، ومن المعلوم أن الإمام لا يستطيع بمفرده القيام بكل شئون الرعية، نظرًا لكثرة مسئولياته واشتغاله بأمور الدولة الكبرى، لذلك فإنه يقيم عنه نوابًا يقومون مقامه، كالولاة، والقضاة، وغيرهم، كلٌّ في نطاق ولايته، وبناء عليه فإن تصرف القاضي في تقديم وكيل عن الغائب يندرج تحت قاعدة: "**تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة**"؛ كما توجد قاعدة أخرى صريحة في تقييد ولاية القاضي في التصرف بالمصلحة للرعية، وهي قاعدة: "**تصرف القاضي فيما له فعله في أموال اليتامى والتركات والأوقاف مقيد بالمصلحة، فإن لم يكن مبنيًا عليها لم يصح**"[4]، ولهذا كله فإن تطبيق القاعدة في الحكم هو تطبيق صحيح، ونظرًا لأهمية هذه القاعدة في سلامة تطبيق القانون فإن القانون اليمني المدني قد نص عليها في مادته رقم (١٥) بقوله: "تصرف الدولة منوط بالمصلحة...".

* * *

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٣٨.

(٢) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٥١.

(٣) قواعد ابن رجب، ١١٦.

(٤) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٣٩؛ درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٥١.

التطبيق الثاني: حكم صادر بجلسة ٢٧ رجب ١٤١٩ هـ - الموافق ١٩٩٨/١١/١٠م من الدائرة الشخصيَّة بالمحكمة العليا[١]

موضوعه: نزاع في قسمة ميراث

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي:ـ

الموجز: "الدعوى على غير واضح اليد... حكمها"[٢]

الحكم: "بعد المداولة تبين عدم سداد ما قرره الحاكم[٣]، ويلزم عدم سداد ما قررته المحكمة الاستئنافية، ذلك أن وكيل المدعى عليه أجاب بأن المواضع المدعى فيها لم تكن تحت ثبوت موكله، وإذًا من شروط صحة الدعوى ثبوت يد المدعى عليه على الحق، وكان على الحاكم أن يلزم المدعي بالبيِّنة على أن المدعى فيه تحت يد المدعى عليه أولاً وبالذات، ثم يلزم المدين (هكذا، ولعلها: المدَّعون) ببيِّنة ثبوت الملك لمورثهم... وكلّ ذلك لم يكن...، إلى أن جاء فيه: ثم كان من واجب الحاكم مع هذا كله أن يبحث بحثًا دقيقًا إذا انكشف أن المواضع المدعى فيها تحت يد المدعى عليه، ويسأل المدعي عليه من أين جاءت له هذه المواضع؟ وهل شملها فصل والدها (هكذا ولعلها: والده)؟ على أنه إذا تحقق من صحة المسودة وعرف أن المواضع المذكورة ممَّا تعين... فهي حجة على المدعى عليه، لأن الفصول[٤] حجة بين المتقاسمين والـد

---

(١) طعن رقم (٥١٦) لسنة ١٤١٩ هـ، شخصي.

(٢) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، ١٤٢٥ هـ - ٢٠٠٤م، المطبعة القضائية، اليمن - صنعاء - المعهد العالي للقضاء، الجزء الثاني: تجاري- شخصي، مجموعة المبادئ والقواعد الشخصيَّة، ص ٢٨٣ رقم (٢).

(٣) يراد بالحاكم: القاضي في المحكمة الابتدائية إذا كان فردًا في المحكمة، ويطلق على رئيسها إذا كان فيها أكثر من قاض؛ لأن القاضي يطلق عليه -غالبًا في اليمن- لفظ الحاكم.

(٤) الفصول، جمع فصل، ويراد بالفصل في اليمن ـ في الغالب ـ الوثيقة التي تبين ما صار لكل وارث من مخلف مؤرثه بعد قسمة الموروث بين الورثة.

المدعى عليه وعمه وغيرهما، لهذا لزم الإرجاع إليكم للتوجيه وتقرير الـلازم، والله ولي التوفيق"(١).

القواعد المشار إليها في الحكم

يفهم من خلال الاطّلاع على مضمون الحكم الإشارة إلى التعليل بالقواعد التالية: -

١ - قاعدة: "البيّنة على المدعي"

ووجه الاستدلال بالقاعدة: هو أن حكم المحكمة العليا استند إلى هذه القاعدة في بيان أن الحاكم كان مقصرًا عندما لم يلزم المدعي ببينة أن المدعى فيه ملكٌ لمورثه، ولذلك كانت القاعدة في هذا الحكم هي أن: "**على الحاكم أن يلزم المدعي بالبيّنة**".

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن التطبيق سليم، لأن تعليل المحكمة صريح في الإشارة إلى قوله ﷺ: «**لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ**»(٢)، فهذا الحديث يعد قاعدة في حد ذاته، والاستدلال بها هو استدلال بنص شرعي.

٢ - قاعدة الاستصحاب "الأصل بقاء ما كان على ما كان"

ووجه الاستدلال بالقاعدة: هو أن الاستدلال بهذه القاعدة يفهم من قول المحكمة العليا: "إن الفصول حجة بين المتقاسمين"، حيث لفتت انتباه الحاكم إلى أنه إذا تحقق من وقوع القسمة من خلال الفصول وصحة المسودة، فإن هذا يعني

---

(١) انظر: [المرجع السابق، العدد الأول، الجزء الثاني، تجاري- شخصي، ص ٢٨٤]. وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (٢) في آخر هذا البحث.

(٢) الحديث سبق تخريجه ص١٢٣ من هذا البحث.

صلاحية الاحتجاج بالفصول على وقوع القسمة، وفي هذا إشارة إلى استصحاب وقوع القسمة إلى أن يثبت عكسها، وأن هذا الاستصحاب حجة بين المتخاصمين.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن الإشارة إلى قاعدة: "**الأصل بقاء ما كان على ما كان**" في هذا الحكم هي: تطبيق سليم، لأن المعمول به في اليمن عند التقسيم أن توجد مسودة للقسمة تبقى لدى القسام، في حين يعطى كلّ واحد من المتقاسمين سندًا، يتضمن كلّ ما يخصه من النصيب، ويكتب هذا في ورق متين، يسمى كلّ سند: "فصلاً" وهذه الفصول يحتج بها كل مقاسم لإثبات ملكيته، ولإثبات وقوع القسمة في حال ادعاء عدم وقوعها، ولذلك فالتمسك بها يصلح حجة بين المتقاسمين لاستصحاب وقوع القسمة إلى أن يثبت ما يزيلها، فإذا تبين وجود الفصول المثبتة للقسمة بين الورثة فإنها حجة بينهم.

٣ – قاعدة: "مالا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"

ووجه الاستدلال بالقاعدة: هو أن الإشارة إلى هذه القاعدة تظهر من خلال ما جاء في منطوق الحكم من أنَ: "واجب الحاكم... أن يبحث بحثًا دقيقًا إذا انكشف أن المواضع المدعى فيها تحت يد المدعى عليه، ويسأل المدعى عليه: من أين جاءت له هذه المواضع؟"، وهذا يعني أنه لمّا كان الحكم بالعدل واجبًا بحسب الظاهر، فإن هذا الواجب لا يتم إلاّ بواجب آخر هو التحري من صحة الدعوى.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن التطبيق سليم؛ لأن القاضي إذا أصدر حكمه بمجرد الدعوى دون تثبت من صحتها، فإنه يكون قد ألحق بالمدعى عليه ضررًا فادحًا، والقاضي منصوب لرفع الضرر، لا لإلحاقه بمن يثبت أنه متضرر.

* * *

التطبيق الثالث: حكم صادر بجلسة ٢١ ربيع الأول سنة ١٤٢٠ هـ الموافق ٣ يوليو ١٩٩٩م من الدائرة الشخصيَّة بالمحكمة العليا[١]

موضوعه: تصحيح دعوى

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي:ـ

الموجز: "لا يبطل حق بالسكوت"[٢].

الحكم: "بعد دراسة الملف وفحص كل ما جاء فيه من أوراق ومحاضر، وبعد المداولة والتأمل وإمعان النظر، وجدنا ما قرره الحاكم، وأيدته فيه محكمة استئناف حضرموت من رفض الدعوى... لما أفاده الحاكم من أن الدعوى لم تستند إلى أساس قانوني، وأشار إلى أن المدعية... قد علمت بتصرف المدعى عليه، ولم تطالب، محل نظر، علمًا بأن القواعد الشرعيَّة تقتضي بأنه لا يبطل حق بالسكوت، فالتعليل عليل وهزيل، فالدنيا تعج بالظلم، وما الناس إلا ظالم ومظلوم، هذا مع وجود قصور في الإجراءات، لهذا لزم إرجاع القضية إلى الحاكم،لإعادة النظر، مع إلزام المدعية... بتحديد البيت وتمييزها (هكذا ولعلها وتمييزه) تمييزًا واضحًا بالحد، أو بالصفة، أو باللقب هذا ما قررته الدائرة..."[٣].

---

(١) طعن رقم (٤١٣) لسنة ١٤٢٠ هـ، شخصي.

(٢) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري – شخصي، مجموعة المبادئ والقواعد الشخصيَّة، ص ٢٨٥.

(٣) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني- تجاري- شخصي، مجموعة المبادئ والقواعد الشخصيَّة، ص ٢٨٦، رقم (٣). وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (٣) في آخر هذا البحث.

القواعد المستشهد بها في الحكم

استشهد الحكم بقاعدتين هما: –

القاعدة الأولى: "لا ينسب إلى ساكت قول"(١)

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: هو أن المحكمة العليا استشهدت بهذه القاعدة صراحة، حيث لم تأخذ بما أخذت به المحكمة الابتدائية وأيدتها فيه محكمة الاستئناف من اعتبار سكوت المدعية عن المطالبة بحقها سببًا لرفض دعواها، واستندت المحكمة العليا في هذا إلى وقائع القضية، وإلى قاعدة: "**لا يبطل حقٌ بالسكوت**".

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن التطبيق سليم، لأن التصريح بقاعدة: "لا يبطل حق بالسكوت" في الحكم المذكور يماثل القاعدة المشهورة: "**لا ينسب إلى ساكت قول**"، التي تعني: أنه لا يقال لساكت أنه قال كذا مع سكوته(٢)، إلا أن هذا وإن كان هو الغالب، فإن السكوت قد يكون إقرارا وبيانًا في بعض الأحوال – كما إذا كان التكلم مطلوبًا – فالسكوت عندما يلزم التكلم، أو عندما يكون مطلوبًا يعد إقرارًا وبيانًا(٣)، ولهذا جاءت القاعدة في مجلة الأحكام العدلية متضمنة هذا الأمر، ونصت على أنه: "**لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان**"(٤).

---

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٨٧؛ الفرائد البهية في القواعد الفقهية، لمحمود حمزة، ١١؛ المنثور في القواعد، للزركشي، ١/٤٤٠٠؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٠٧؛ وهذه القاعدة منسوبة إلى الإمام الشافعي. انظر: [المنثور في القواعد، للزركشي، ١/٤٤٠٠؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٠٧].

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية، لعلي حيدر، ١/٥٩. وانظر – أيضًا –: [القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٤٥٤].

(٣) السابقان، نفس الصفحات.

(٤) المادة رقم (٦٧)

وبالاطلاع على الحكم نجد ان المحكمة العليا استشهدت بهذه القاعدة على نقض الحكم الابتدائي الذي حكم برفض دعوى المدعية بناء على علمها بتصرف المدعى عليه، والمحكمة باستشهادها بهذه القاعدة لم تجعلها دليلا بنت عليه قرارها بإلغاء الحكم الابتدائي وإرجاع القضية لإعادة النظر فيها من جديد، بل استأنست بهذه القاعدة في إصدار هذا القرار، بعد أن اطلعت على سير الإجراءات ووجدت فيها قصورًا، ولكن استئناسها بالقاعدة لم يكن مؤثرًا في موضوع الحكم، فهي لم تقرر أن علم المدعية بتصرف المدعى عليه حجة لها في الموضوع، ولا حجة للمدعى عليه، بل أرجعت القضية برمتها لإعادة النظر، وهذا يعني: أن الاستئناس بالقاعدة في غير محله من هذه الناحية

ومن ناحية أخرى فإن القاعدة ليست على إطلاقها، بل إنَّ السكوت قد يكون بيانًا عند الحاجة، ولذلك فإن القاعدة محتوية على فقرتين: -

الفقرة الأولى: عدم نسبة القول إلى الساكت، بناءً على الجزء الأول منها، وهو: "**لا ينسب إلى ساكت قول**"، ووجه ذلك: أن الشرع ربط معاملات الناس بالعبارات الدالة على المقاصد[1]، فهذه الفقرة هي الأصل في القاعدة، باعتبار أن المعاملات مرتبطة بالعقود والألفاظ الصريحة[2]، ولأن عدم التكلم هو اليقين، ودلالة السكوت مشكوك فيها، ومن هنا كان الشطر الأول للقاعدة وثيق الصلة بالقاعدة الأساسية: "**اليقين لا يزول بالشك**"[3]، وهذه الفقرة من القاعدة تعد قاعدة فقهية، لتعلقها بالحكم على فعل المكلّف من حيث ربط الحكم بالألفاظ.

وأما الفقرة الثانية: فإنها تدل على الاحتجاج بالسكوت عند الحاجة، فالسكوت يعتبر بيانًا، فإذا سكت مَن عليه البيان على أمر، فإنَّه لو كان يريد خلافه لبيَّنه.

---

(١) القواعد الفقهية، للندوي، ٤٥٤.

(٢) السابق، ٤٥٤ – ٤٥٥.

(٣) السابق، ٤٥٤.

فباعتبار أن الإنسان قد يسكت مع كونه غير راض بالأمر المسكوت عنه، فإن سكوته لا يعتبر رضا ولا يعتد به على أنه قال كذا[1]، وباعتبار أن السكوت قد يكون إقرارا بالمسكوت عنه ورضًا به، فإن السكوت يعتبر قولاً ويعتد به في قيامه مقام القول[2]، وهذا هو الاستثناء[3]، ويعد خروجًا على الغالب من أن السكوت لا يعتد به على التكلم[4].

وهذان الاعتباران معًا لاحظهما الونشريسي، عندما ذكر القاعدة بصيغة إنشائية تدل على شمول هذين الاعتبارين، حيث قال: "**السكوت على الشيء هل هو إقرار به أم لا؟ وهل هو إذن فيه أم لا؟ اختلفوا فيه**"[5]، ونظرًا للاعتبار الأول الذي هو الأصل والغالب من أنه لا ينسب إلى ساكت قول، فإن السكوت ليس بإذن، وعلى هذا فإن السكوت لا يكون إذنًا ولا يقوم مقام النطق إلا بدلالة الأحوال، وبناء عليه، فإنه يمكن القول: إن المحكمة العليا أرادت بذكر هذه القاعدة توجيه القاضي إلى اعتبارها عند إعادة النظر في هذه الواقعة، بدلالة إرجاع القضية إليه، وتنبيهه للتفقه بها، باعتبار أن القاعدة يعمل بها في تطبيق القانون؛ ونظرًا لأهمية هذه القاعدة في التطبيق الصحيح للقانون فإن القانون المدني اليمني قد نص في مادته السابعة على هذه القاعدة بالقول: "**لا ينسب لساكت قول إلا ما استثني بنص شرعي**".

القاعدة الثانية: مفهوم المخالفة

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: هو أنه – وإن لم يكن الاستشهاد بها صريحًا – إلا أنه يفهم الإشارة إليها من خلال ما ورد في الحكم: من أن على الحاكم "إلزام المدعية... بتحديد البيت وتمييزه تمييزًا واضحًا بالحد أو بالصفة أو باللقب"، وهذا الكلام يدل

---

(١) القواعد، للونشريسي، ١٣٦.

(٢) قواعد ابن رجب، ٣٧٢.

(٣) القواعد الفقهية، للندوي، ٤٥٥.

(٤)الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ١٧٨؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي، ١/٣٠٧.

(٥) القواعد، للونشريسي، ١٣٥.

بفحواه على أن المحكمة العليا توجه الحاكم الابتدائي إلى قاعدة أخرى، وهي القاعدة الأصولية التي تسمى: "مفهوم المخالفة"، وكأنها تريد أن تقول: إن الدعوى في المدعى فيه، وهو البيت، يجب أن تشتمل على تمييزه بحده، أو بصفته، أو بلقبه، أي: أن مفهوم المخالفة يقتضي أنه إذا لم يُذكَر في الدعوى تمييز للمدعى فيه بالصفة أو اللقب أو الحدود فإن ذلك لا يعتبر تمييزًا واضحًا له.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن هذا التوجيه سليم، وإدراك من المحكمة لأهمية إدراك هذه الأمور، حتى يتميز المدعى فيه من غير المدعى فيه، ويصبح معلومًا.

* * *

التطبيق الرابع: حكم صادر بجلسة ٢٠ جمادى الأولى ١٤٢٠ هـ الموافق ١٩٩٩/٨/٣١م من الدائرة الشخصيّة بالمحكمة العليا[١]

موضوعه: وقت استحقاق الميراث

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي:ـ

الموجز: "لا إرث ولا قسمة إلا بعد ثبوت الوفاة حقيقة أو حكمًا"[٢].

الحكم: "... هذا وبعد المداولة والتأمل تبين أن المحكمة الاستئنافية أصدرت قرارًا بتاريخ... وفيه تأييد الحكم الابتدائي بكل فقراته ولما تنطق به، وفي أثناء ذلك طلب المدعي اليمين من المدعي عليهم بشأن البصيرة المؤرخة... وبشأن موت... قبل وفاة

(١) طعن رقم (٢٨٩) لسنة ١٤٢٠ هـ، أحوال شخصية.

(٢) انظر في هذا الموجز: [القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري- شخصي، مجموعة المبادئ والقواعد الشخصيّة، ص ٣١١ رقم (١٥)]. وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (٤) في آخر هذا البحث.

أخته... فلم يمض المدعى عليهم باليمين بحسب الطلب، فاستأنفت المحكمة قرارًا آخر، والذي جاء فيه بعد ذكر الحيثيات: أن المتوجه على أولاد الحاج... إطلاق ما تعيّن... من بعد والدها... إلى أن جاء في القرار: ومع إيضاح السيد... وبعض بني... أنها غابت في سنة ١٣٦٢هـ، أو ثلاثة وستين، وعمرها يقدر باثنتي عشرة سنة، وموت أخيها... كان في سنة غيابها، فإنّ الشعبة لا تقر المقاسمة ولا التوارث حتى يتحقق موتها، أو مضي عمرها الطبيعي، وقد وجد ما قررته الشعبة الاستئنافية موافقًا، لما تبيّن أن القرار بني بعضه على النكول عن اليمين فيما يتعلق بشراء بني... في البصيرتين المشار إليهما، وبعضه بني على المصادقة، هذا ما قررته الدائرة والله ولي التوفيق"[1].

القاعدة المشار إليها في الحكم: هي قاعدة الاستصحاب، التي يعبّر عنها أيضًا بقاعدة: **"اليقين لا يزول بالشك"**.

ووجه الاستدلال بالقاعدة: هو أن المحكمة العليا، والمحكمة الاستئنافية، أخذتا بهذه القاعدة في استصحاب حياة الغائبة، وأنه لا يقسم مالها، ولا يُورَّث حتى يتحقق موتها، أو يمضي عمرها الطبيعي من تاريخ غيابها؛ لأن الأمر المتيقن هو الحياة، فيبقى هذا الأمر على ما هو عليه حتى يثبت العكس.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن التطبيق سليم؛ لأن المحكمة لم تقر مقاسمة مال الغائبة بين ورثتها إلا بالتحقق من موتها، أو بمضي عمرها الطبيعي، وهذا الاستصحاب المذكور في ميراث المفقود، قد سبق تقريره في حكم سابق من المحكمة العليا صادر بتاريخ (١٣) ذي القعدة، سنة ١٣٦٩هـ، جاء فيه: "... الظاهر أن من جاوز عمره السبعين عامًا يحصل الظن بموته باعتبار الغالب ويحكم به ولا حكم لاشتراط مضي العمر الطبيعي، فليكن العمل بهذا، وميراث الغائب قبل ظن موته يكون بيد ورثته

---

(١) السابق، الجزء الثاني: تجاري - شخصي، ٣١٢-٣١٣.

معايشة[1]، وبالضمان للغائب، وبعد ظن موته يقسم القسمة الشرعيّة بين الورثة الموجودين حينئذ"[2].

كما جاء في موجز هذا الحكم: أن "ميراث المفقود لا يقسم بين الورثة حتى يحكم بموته متى جاوز عمره سبعين عامًا"[3]، وفي هذا إشارة إلى قاعدة أصولية فقهية هي قاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**"، فإن استحقاق الإرث، وقسمته لا يكون إلا بالتيقن أو الظن الغالب من موت المورث حقيقة، أو حكمًا في حالة الغيبة والفقد؛ لذلك فإن ميراث المفقود مبني على الاستصحاب الذي يعبّر عنه بقاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**".

ونظرًا لأهمية قاعدة الاستصحاب في التطبيق السليم لنصوص القانون، وفض كثير من المنازعات على أساسها، فإن القانون المدني اليمني قد نص في مادته التاسعة صراحة على استصحاب اليقين وطرح الشك عند نظر المنازعات، حيث نصّت هذه المادة على ذلك بقولها: "**اليقين لا يزال بالشك، فما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين**"، وهي قاعدة أصولية فقهية، وعليه فالمتيقن في الغائب والمفقود هو الحياة، ولهذا يبقى ماله على هذا اليقين حتى يرتفع هذا اليقين بالتحقق من موته حقيقة أو حكمًا، ويترتب على هذا: أن استحقاق الإرث لورثة الغائب، وقسمة أمواله لا يكون إلا بالتيقن من موته حقيقة أو حكمًا في حالة غيبة المورث، أو فقده، كما أنّ استصحاب الحياة في التركات هو الأصل في القانون اليمني فقد نصّت المادة رقم (٣٠٠) من القانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيّة على أنه:

---

(١) المقصود بمعايشة: أي يكون بيد ورثته معاشًا.

(٢) مجلة البحوث والأحكام القضائية اليمنية، الجمهورية العربية اليمنية، وزارة العدل، المحكمة العليا للنقض والإقرار، المكتب الفني، العدد الأول، السنة الأولى، جمادى الثانية، ١٤٠٠هـ - إبريل، ١٩٨٠م، ٥٨.

(٣) السابق، نفس الصفحة، نفس العدد.

"لا استحقاق لأحد في تركة المورث إلا بعد تحقق وفاته أو صدور حكم من القضاء باعتباره ميتًا مع مراعاة حياة الوارث عند الوفاة حقيقة أم حكمًا"، كما حددت المادة رقم (٣٣١) من نفس القانون أن العمر المقرر مدته للمفقود هو سبعين سنة من تاريخ ولادته، حيث نصَّت على أن: "نصيب المفقود يخرج من التركة، ويوقف، فإن ظهر حيًا حقيقة أو بحكم المحكمة وقت موت المورث أخذه، وإلا وُزّع الموقوف على من يستحقه من الورثة معاشًا حتى يتبين أمره، أو يصدر حكم بمضي العمر المقرر مدته بسبعين سنة من تاريخ ولادته فيصير لمن يرثه عقب الحكم".

* * *

التطبيق الخامس: حكم صادر بجلسة ٢٢ جمادى الأولى لسنة ١٤٢٠ هـ الموافق ١٩٩٩/٥/٢م (أحوال شخصية)[١]

موضوعه: وصية

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي:ـ

الموجز:" إذا لم تُبرز وصية المورث فالأصل عدمها، ولعدم وجود فصول للقسمة مضمنة في محصل الشجار يلزم إعادة القسمة"[٢].

الحكم: "ولما قدم على ذلك من الطعن المرفوع إلى المحكمة العليا من الطاعنة، ومن أهم ما ذكر فيه: أن محكمتي:...-الابتدائية، و... الاستئنافية، خالفتا نصوص المواد(١٦) من قانون الإثبات، والمادة (١٣٨) من قانون المرافعات، وأن الدعوى لا تسمع من المقاسم أو وارثه في قسمة مستوفية شروط صحتها، إلا من القاصر بعد بلوغه والغائب بعد حضوره وطلبت إصدار حكم بإلغاء الوصية توافقًا مع نص

(١) طعن رقم (٢٩٣)، لسنة ١٤٢٠ هـ، شخصي.

(٢) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، جمع إعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري – شخصي، مجموعة المبادئ والقواعد الشخصية، ٣١٦ رقم (١٧).

المادة (١١٤) أحوال شخصية رقم (١٠) والحكم لها بالمخاسير وإلغاء الحكمين الابتدائي والاستئنافي المذكورين، والرد على النقيض من ذلك من... المدعي في الأصل بالنقيض، وطلب رفض الطعن لما اشتمل عليه من تناقضات وتركيبات ملتوية، وتأييد الحكم، والحكم له بالمخاسير، وبعد المداولة وإمعان النظر نجد أنه لا وصية مبرزة للمورث والأصل عدمها، واعتراف... غير ملزم للمدعى عليها، وما حكم به الحاكم من وجوب العمل بالقسمة الأولى، وإلغاء الثانية بدون دليل ولا مرجح غير سديد، فليس أولى من أن تكون القسمة الأخرى هي الناسخة للأولى لو ثبتت، وعليه، وحيث لم نجد في محصل الشجار تضمين فصول القسمة، سواء الأولى أو الأخرى، فاللازم إعادة القسمة بين الورثة على الفرائض الشرعيّة يحضرها جميع الورثة، أما الوصية فلم تثبت، وما رآه الحاكم على الورثة من دفع أجرة... فصواب من باب الاستحسان، هذا ما قررته الدائرة، والله ولي التوفيق، وهو حسبنا ونعم الوكيل"(١).

القاعدتان المشار إليهما في الحكم

بملاحظة حيثيات المحكمة العليا نجد الإشارة إلى قاعدتين هما: –

القاعدة الأولى: الأصل العدم

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: يتمثل في إلغاء الوصية، لأن الوصية غير مبرزة، ولم تثبت، والأصل عدمها.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن الاستشهاد بالقاعدة سليم، لأن المحكمة العليا وجهت حكمها

---

(١) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري– شخصي، ٣١٧-٣١٨. وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (٥) في آخر هذا البحث.

بهذه القاعدة، بناءً على ظاهر الأمر، وهو أنّ الوصية لم يتم إبرازها في خلال المحاكمة، ولذلك تبقى على أصل العدم، كما أن تطبيق القاعدة موافق للقانون، حيث إنّ القانون المدني اليمني قد جعل هذه القاعدة من القواعد المندرجة في تطبيق القانون، فقد نص عليها في المادة رقم (١١) منه بقولها: "الأصل (الظاهر) العدم...".

القاعدة الثانية: "الأصل بقاء ما كان على ما كان".

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: يتمثل في عدم وجود دليل على وجود القسمة، فلذلك تبقى على أصلها في عدم وقوعها، ويلزم إعادتها بين الورثة على الفرائض الشرعيّة.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن تطبيق القاعدة تطبيق سليم، لأن المحكمة العليا حين قررت إعادة القسمة بين الورثة لم يثبت لديها ما يدل على وقوعها، بدليل عدم تضمين المحكمة الابتدائية لفصول القسمة في محصل الشجار، إذ لو وقعت القسمة لتمّ الاحتجاج بها، ولتمّ تضمينها في محصل الشجار.

كما يمكن ملاحظة وجه القصور في حكم المحكمة الابتدائية من خلال إقرار وجوب العمل بالقسمة، علمًا بأنه لم يكن ثمت دليل على وقوعها؛ بل إن المحكمة لم تذكر فصول القسمة في الحكم، وهذا دليل على صحة ما قالته المحكمة العليا من أن حكم الحاكم الابتدائي صدر بلا دليل ولا مرجح، ولو أنه تذكر أبسط القواعد الشرعيّة - كما ذكرنا - لما وقع في هذا الخطأ الفادح، وكان عليه الرجوع إلى هذه القواعد، علمًا بأن القانون المدني اليمني قد نص على قاعدة: "**الأصل بقاء ما كان على ما كان**" في مادته رقم (١١) بالقول: "الأصل بقاء ما كان حتى يثبت غيره..."، وخلاصة القول: إن القاضي الابتدائي لم يعمل بأي من القواعد، وهو بذلك يكون مخالفًا الشرع والقانون.

* * *

التطبيق السادس:حكم صادر بجلسة ٢٧ جمادى الأولى ١٤٢٠ هـ الموافق ١٩٩٩/٩/٧م من الدائرة الشخصيّة بالمحكمة العليا(١).

موضوعه: الضرار في الميراث

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي: -

الموجز: "إذا اشتملت القسمة على الضرار، وصار ما بيد كل واحد لا ينتفع به، فالحكم بإعادتها صحيح"(٢)

الحكم: "بعد المداولة والتأمل وإمعان النظر، وجدنا ما قرره الحاكم وأيدته فيه محكمة استئناف محافظة...من إعادة القسمة على الوجه الصحيح وعلى وجه الانتفاع، لكون القسمة الأولى ضرارًا موافقًا..."(٣).

القاعدة المشار إليها في الحكم: هي قاعدة رفع الضرر.

ووجه الاستدلال بالقاعدة: هو أن الحكم موجه بها، لأن القسمة بين الورثة إذا لم ينتفع بها الورثة، فهي ضرر عليهم، وإذا اشتملت على الضرر، وجب إعادتها بما يعود بالنفع على الورثة.

ويلاحظ أنه قد ورد في القانون المدني اليمني النّصّ على إعادة قسمة الضرار، وهذا ما نصّت عليه المادة رقم (١٢٠١) منه التي جعلت للورثة الحق

---

(١) طعن رقم (٢٩٩) لسنة ١٤٢٠هـ، شخصي.

(٢) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري- شخصي، مجموعة المبادئ والقواعد الشخصيّة، ٣٢٨، رقم (٢٢).

(٣) السابق، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري -شخصي، ٣٢٩. وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (٦) في آخر هذا البحث).

بطلب إعادة القسمة إذا كان فيها ضرر، حيث نصّت على ذلك بقولها: "إذا كان يترتب على القسمة ضرر على المتقاسمين أو بعضهم فلا يجابون إليها ولا يجبر من امتنع عنها فإن فعلوا، فلهم الرجوع بإعادة القسمة، فإن عمَّ نفعها جميع المتقاسمين أجيبُوا، ولا يقسم ما يترتب على قسمته ضرر إلا إذا رضي به جميع المتقاسمين".

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن التطبيق سليم؛ لأنه لمّا كانت القسمة تتعلق بأكثر من واحد، والغرض منها هو الانتفاع بالتركة، فإن الضرار فيها لا يُقر، لفوات الانتفاع.

وبالرجوع إلى الحكم يتبين أنه وضح أن الضرر في القسمة ينفي المنفعة للمتقاسمين، اللذين لا تتم منفعة أحدهم إلا بالآخرين، ومثل هذا الكلام جاء عند بعض العلماء، فقد جاء في فتاوى قاضيخان[1] ما يفيد أنه كلما تعلقت المنفعة باثنين معًا بحيث لا تتم منفعة أحدهما إلا بالآخر، كان في إضرار أحدهما إضرار بالآخر، حيث جاء فيها: "لو اشترى مصراعي باب وقبض أحدهما بإذن البائع، وهلك الآخر عن البائع فإنه يهلك على البائع، وللمشتري أن يرد الآخر إن شاء، لأن المقبوض تعيَّب بفوات الآخر فكان له أن يرده، ولا يجعل قبض أحدهما كقبضهما، ولو أن المشتري قبض أحدهما فعيَّبه، وهلك الآخر عند البائع يهلك (هكذا ولعلها فإنه يهلك) على المشتري؛ لأن المشتري بتعييب المقبوض صار معيبًا للآخر فيصير قابضًا لهما

(١) هو الحسن بن منصور بن محمود فخر الدين قاضيخان الأوزجندي – وأوزجند مدينة بنواحي أصبهان بقرب فرغانة –، كان مجتهدًا، فهامة، أخذ عن ظهير الدين الحسن بن علي المرغيناني، عن برهان الدين الكبير عبد العزيز بن عمر بن مازه، عن محمود بن عبد العزيز الأوزجندي جد قاضيخان، له الفتاوى المشهورة بالفتاوى الخانية، وشرح الجامع الكبير، وشرح الزيادات، وشرح أدب القضاء للخصاف، وغير ذلك، توفي سنة اثنتين وتسعين وخمسمائة (٥٩٢هـ) انظر في ترجمته: [الفوائد البهية في تراجم الحنفية، ٦٤-٦٥؛ تاج التراجم، لأبي الفداء زين الدين قاسم بن قُطلُوبُغا السُّودُوني (ت ٨٧٩هـ) حققه وقدم له: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤١٣هـ – ١٩٩٢م، ١٥١].

جميعًا فيكون الهلاك على المشتري، وكذا لو اشترى خفين أو نعلين، وكل ما تعلقت المنفعة ببقائهما كان تعييب أحدهما تعييبًا للآخر"[1]، فهذا صريح في أن العيب في أحد الشيئين المتلازمين – اللَّذَين لا تتم منفعة أحدهما إلا بالآخر – كالعيب في الشيء الواحد[2]، وهكذا قسمة الضرار فإنه لا ينتفع أحد الورثة بها إلا بانتفاع الآخرين، والضرر فيها يُعتبر إضرارًا بالآخرين.

ونظرًا لأهمية هذه القاعدة في التطبيق السليم لنصوص القانون؛ فإن القانون المدني اليمني قد نص على هذه القاعدة في مادته الرابعة، بقولها: "**الضرر يجب أن يزال**".

* * *

التطبيق السابع: حكم صادر في جلسة ١١ جمادى الآخرة ١٤٢٠ هـ – الموافق ١٩٩٩/٩/٢١م (أحوال شخصية)[3]

موضوعه: نذر

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي:ـ

الموجز: "النذر المشروط صحيح"[4]

---

(١) فتاوى قاضيخان بهامش: الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، لمولانا الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند الأعلام، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ـ لبنان، ط٣، ١٣٩٣هـ – ١٩٧٣م، ٢٠١/٢

(٢) القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٣٣٥.

(٣) طعن رقم (٣٣٦)، لسنة ١٤٢٠ هـ، شخصي.

(٤) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري – شخصي، مجموعة المبادئ والقواعد الشخصيَّة، ٣٤١ رقم (٢٩).

الحكم: "ولما قدم على ذلك من الطعن المرفوع أمام المحكمة العليا من الطاعنين المدعى عليهم في الأصل أهم ما جاء فيه: بأن حكم المحكمة الابتدائية قد أتى صحيحًا ومبنيًا على أسس شرعية وقانونية، أما حكم محكمة الاستئناف فهو الحكم الباطل المخالف للشريعة والقانون لأنه بني على أمور وأسس غير قانونية أو شرعية بعدما اتجهت واستعرضت الحقائق في النذر المعلق والمنجز ثم انحرفت فجأة في النصف الأخير من الصفحة السادسة وأتت بفلسفة لا شرعية فيها أو مضمونها (هكذا) في حكمها، وأتت أيضًا باستنتاجات لم ينزل بها من سلطان الخ (هكذا). ومذكرة الرد من... تتضمن طعنًا على الحكمين: الابتدائي، والاستئنافي، بعد سرده للوقائع أوضح فيه بأنه قد تضرر كثيرًا من الحكمين: الابتدائي، والاستئنافي، حيث جُرِّد من حقه الذي أعطته الشريعة الإسلامية؛ وذلك بموجب وثيقة النذر الصادر من الناذر... لأنها وثيقة شرعية أصبحت ناجزة بعد وفاة الناذر، حيث لا يوجد ما يلغيها وأن وثيقة الطاعنين التي يحتجون بها ليس لها أساس من الصحة... الخ.

وبعد المداولة والتأمل، وجدنا ما قرره الحاكم من إقناع المدعي المنذور له نذرًا مشروطًا ولم يتحقق الشرط موافقًا، ويلغى القرار الاستئنافي، إذ هو محض رأي، وهذا يتوقف على رضا المدعى عليه، علمًا أن النذر يصح مشروطًا، ويترتب على الشروط نفيًا وإثباتًا، هذا ما قررته الدائرة والله ولي الهداية والتوفيق"[1].

القاعدة المشار إليها في الحكم: هي قاعدة مفهوم المخالفة

ووجه الاستدلال بالقاعدة: أن الحكم استدل بقاعدة مفهوم المخالفة بالشرط التي تقتضي أن الحكم إذا قيد بقيد فإنه يدل على انتفاء الحكم بانتفاء الشرط، ويدلُّ مفهومه الموافق على ترتب الحكم عند قيام الشرط، فهذه القاعدة ملحوظة في حكم المحكمة

---

(١) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادر عن المحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري – شخصي، ٣٤١-٣٤٢. وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (٧) في آخر هذا البحث.

العليا في هذه الواقعة المتعلّقة بالنذر المشروط، حيث إنّ النــذر للمــدعي مــشروط بشرط، ولم يتحقق ذلك الشرط، الأمر الذي يترتب عليه ربط النذر بالشرط، ولــذلك فإن المحكمة العليا قد أيدت الحكم الابتدائي بعدم استحقاق المدعي ما نذر له حيث لــم يتحقق الشرط المتعلق بالنذر.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن تطبيق القاعدة في الحكم هو تطبيق سليم، يدل عليه ما جاء في آخر الحكم: من "أن النذر يصبح مشروطًا، ويترتب على الشرط نفيًا وإثباتًا"، كمــا أن هذه القاعدة ملحوظة أيضًا في فحوى الحكم الابتدائي الذي قرر: "إقنــاع المــدعي المنذور له نذرًا مشروطًا ولم يتحقق الشرط"، أي إقناعه بعدم المطالبة بالمنذور، كون الشرط لم يتحقق.

* * *

التطبيق الثامن: حكم صادر بجلسة ٢٣ جمادى الثانية لسنة ١٤٢٠ هـــ - الموافق ١٩٩٩/١٠/٣م (أحوال شخصية)[1]

موضوعه: حضانة

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي:ـــ

الموجز: "حكم المنفعة بالنسبة للحضانة"[2].

الحكم: "ولما قدم على ذلك من الطعن المرفوع إلى المحكمة العليا مــن الطــاعن...

---

(١) طعن رقم (٣٦٤) لسنة ١٤٢٠ هـــ، شخصي.

(٢) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري- شخصي، مجموعة المبادئ والقواعد الشخصية، ٣٥٤، رقم (٣٥).

المدعى عليه في الأصل، خلاصته أن محكمة الاستئناف قد أبطلت ما حكم به الحاكم الابتدائي بخصوص الشقية والغرامة، ولا مستند لها في ذلك، فهو يطلب تأييد الحكم الابتدائي بكامل فقراته... الخ. ولتمرد المطعون ضدها عن الرد على الطعن تم مطابقة الحكم منفردًا.

هذا وبعد المداولة والتأمل وجدنا ما قررته محكمة استئناف محافظة... من عدم لزوم أجرة الحضانة وعدم لزوم إعطاء البنت التي حضنتها عمتها من المستفاد... موافقًا، ذلك أن الأصل في المنافع عدم العوض بالنسبة للحضانة ولما قامت به البنت من عمل..."[1]

القاعدة المشار إليها في الحكم: هي "الأصل العدم"

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: يظهر من خلال ما ورد في الحكم: من النص على أن "الأصل في المنافع عدم العوض"، وفي هذا إشارة صريحة إلى قاعدة: "**الأصل العدم**"، التي هي إحدى القواعد المندرجة تحت قاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**"[2]، وهذه القاعدة وُجِّه الحكمُ بها على عدم لزوم أجرة الحضانة وعدم لزوم إعطاء البنت شيئًا من أموالها لعمتها التي حضنتها، حيث نفى الحكم لزوم أجرة الحضانة للعمة حاضنة البنت.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن تطبيق القاعدة جاء سليمًا، لأن الحضانة في أصلها مبنية على مصلحة المحضون ودفع الضرر عنه، لا على الإضرار به، فمن غير المعقول أن يُكلَّف المحضون بدفع أجرة حاضنه – كما في هذه الواقعة التي تطلبُ عمة

---

(١) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري- شخصي، مجموعة المبادئ والقواعد الشخصيَّة ، ٣٥٥، وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (٨) في آخر هذا البحث.

(٢) انظر: قواعد الاستصحاب في المبحث الثالث من الفصل الثاني من الباب الثالث.

المحضونة أجرة الحضانة - إضافة إلى أن المحضونة كانت تقوم بعمل عند عمتها، وهذا العمل يعد منفعة للبنت المحضونة، وعمتها على السواء، فالبنت المحضونة تتمثل منفعتها في تعلمها أمور البيت لدى عمتها، ومنفعة عمتها تتمثل في مساعدتها في أعمال البيت من قبل ابنة أخيها المحضونة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الحضانة ليست موضع ربح وخسارة، حتى تطلب العمة أجرتها من البنت.

ولهذا فإن التطبيق جاء سليمًا للقاعدة في الحكم، مؤسَّسًا على قاعدة: "**الأصل العدم**"، التي لا ينحصر تطبيقها في مجال معين، بل إن هذه القاعدة تحل كثيرًا من قضايا الخلاف، من ذلك: أن "**الأصل عدم الضمان**"[١]، ومن تطبيقاتها: أنه لو ادعى المالك أن رأس المال قرض، وادعى الشريك أنه مضاربة، فالقول قول الشريك الآخذ، لأنهما اتفقا على جواز التصرف، والأصل عدم الضمان[٢].

ومن القضايا التي تدخل قاعدة: "**الأصل العدم**" في حلها: قضايا الشركة، وبني على ذلك: القول بأن: "**الأصل عدم الزائد**"[٣]، فلو قال الشريك لصاحب رأس المال: إني لم أربح فإن القول قوله، لأن الأصل عدم الربح، وكذا لو قال: لم أربح إلا كذا، لأن الأصل عدم الزائد[٤].

* * *

(١) الأشباه والنظائر، لابن نجيم، ٦٩.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

(٣) السابق، نفس الصفحة.

(٤) السابق، نفس الصفحة.

التطبيق التاسع: حكم صادر بجلسة غرة شهر رجب ١٤٢٠ هـ الموافق ١٠/١٠/١٩٩٩م (أحوال شخصية)[١]

موضوعه: وقف

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي:

الموجز: "وقف الجنس: استحقاق الذكر والأنثى فيه على السواء"[٢].

الحكم: "بعد المداولة والتأمل وإمعان النظر فيما قرره الحاكم... وما تعقبه من محكمة استئناف... من تأييد حكم الحاكم... وما من شك أن الوقف وقف ذري: أي وقف جنس للذكر والأنثى على السواء - كما فهم من المبرزات - وما كان صفته هكذا فهو الأعلى درجة ولا يدخل الأسفل مع وجود الأعلى، وهنا لم يتبين بوضوح وجلاء مَنْ الواقف، ومن هو أعلى درجة، إذ مدار الحكم على ذلك، أما ما جاء في الوصية: أنه من مات مات اسمه، فمعناه: من مات يكون الحق لمن في درجته، وهكذا، لهذا الزم الإرجاع إليكم لمعرفة الواقف، ومن هو أقرب إليه درجة فيعطى..."[٣].

القاعدة المشار إليها في الحكم: هي "مفهوم المخالفة بالوصف".

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: يتمثل في أن المحكمة العليا قد فسرت الوقف الذري وبينت صفته، واستندت في كل ذلك إلى المفهوم من المستندات، فالوقف الذري قد فسرته بأنه وقف جنس يكون للذكر والأنثى على السواء، ولذلك صار هذا الوصف

---

(١) طعن رقم (٣٧٢)، لسنة ١٤٢٠ هـ، شخصي.

(٢) انظر في الموجز: [القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، المحكمة العليا، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري- شخصي، مجموعة المبادئ والقواعد الشخصيّة، ٣٥٦، رقم (٣٦)]. وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (٩) في آخر هذا البحث.

(٣) السابق، العدد نفسه، نفس الجزء، ٣٥٧-٣٥٨. وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (٩) في آخر هذا البحث.

قيدًا في هذا الوقف يتعلق به الحكم، وهو أن وقف الجنس يكون لأعلى درجة ولا يدخل الأسفل مع وجود الأعلى، وهذا يعد استدلالا صريحًا بقاعدة مفهوم المخالفة بالوصف، الذي يقتضي أن الحكم المقيّد بالصفة يوجد حيث توجد الصفة وينتفي حيث تنتفي الصفة.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن هذا استدلال سليم؛ لأنه قد أوضح الغموض، وقيّد الحكم بهذا الوصف، بكون الوقف وقف جنس، وفي مقابل ذلك فإن الاستدلال بمفهوم المخالفة لا يستقيم بالنسبة لقول الواقف في وصيته: "أنّ من مات مات اسمه"، وهذا القول قد فسرته المحكمة بأن معناه: أن من مات من الموقوف عليهم – الذين هم في الدرجة سواء – فإن الحق يكون لمن في درجته، وهذا معناه: أن نصيب من مات من الأولاد أو الورثة من الوقف يكون لمن هو في درجته، وليس لورثته، وهذا التفسير إن قلنا بأنه تطبيق لقاعدة مفهوم المخالفة فهو تطبيق خاطئ؛ لما فيه من الإضرار ببعض الورثة، خصوصًا مع عدم وجود دليل على أن قصد الواقف حرمان ورثة من مات ممًا هو موقوف على والدهم قبل أن يموت.

القواعد التي يرى الباحث الإفادة منها في توجيه الحكم.

من القواعد التي يمكن الإفادة منها في توجيه الحكم، ما يلي: –

١ – قاعدة: "العادة مُحكّمَة"

كان الأولى بالمحكمة الرجوع إلى العرف، والعمل بقاعدة: **"العادة مُحكّمَة"** في معرفة المراد من ألفاظ الواقف، وهذا ما قررته وزارة العدل بتاريخ الخامس من يناير، سنة ١٩٧١م، في المادة (٤٧)، التي نصّت على أن: "الوقف على الذرية، وعلى الأولاد، والأقارب، ونحو ذلك، يعتبر في المراد من تلك الألفاظ عرف بلد الواقف إذا كان غير فقيه عالم، إذ لا يمكن أن يعتبر مصرفًا من لم يقصد الواقف

الصرف فيه وإن كان ممًا دل عليه اللفظ لغة، وفي عرف الكثير أن الولد لا يطلق على غير الذكر، كما أن الذرية يراد بها من كان من الصلب"[1]، فإهمال قاعدة: "**العادة مُحَكَّمَة**" ترتب عليه: أن المحكمة العليا في هذا الحكم قررت أن نصيب من مات من الورثة الموقوف عليهم يكون الحق لمن هو في درجته، مع أن العمل بالعرف ومراعاة قواعده كانت هي الأنسب، بناءً على قرار وزارة العدل السالف الذكر.

٢ – **قاعدة: "الضرر يزال"**

إن استدراك قاعدة: "**الضرر يزال**" كان لابد منه في هذا الحكم، لأن المحكمة لو أعملت هذه القاعدة ونظرت إلى الضرر الذي يلحق ورثة من مات من الموقوف عليهم من حرمانهم من الوقف بعد أبيهم لقالت: إن نصيب من مات من الأولاد الموقوف عليهم يكون لورثته لا لمن في درجته، وهذا ما قررته المحكمة العليا في حكم سابق لها، بتاريخ (٢٩) من شهر شعبان، لسنة ١٣٨٨هـ بقولها: "قررت المحكمة أن من وقف على أولاده أو وورثته فإن من مات منهم فإن نصيبه يكون لورثته لا لمن في درجته حتى الانقراض، لما في ذلك من الإحرام الذي سبق للمحكمة أن قررت عدم صحة الوقف المؤدي إلى الإحرام"[2]، ولذلك فإنه كان يجب مراعاة قواعد العرف، ومراعاة وجوب إزالة الضرر في هذا الحكم[3].

---

(١) انظر: مجلة البحوث والأحكام القضائية اليمنية، الصادرة من وزارة العدل، المحكمة العليا للنقض والإقرار، المكتب الفني، الجمهورية العربية اليمنية، العدد الأول، السنة الأولى، جمادى الثانية ١٤٠٠ هـ – إبريل ١٩٨٠م، ٦٩.

(٢) مجلة البحوث والأحكام القضائية، وزارة العدل بالجمهورية العربية اليمنية، العدد الأول، ٦٩.

(٣) جاء موجز هذا الحكم صريحًا في التعليل برفع الضرر عن بعض الورثة، وهذا الضرر يتمثل في حرمانهم من الوقف، ونص الموجز هو: "في الوقف على الأولاد أو الورثة يكون نصيب من مات منهم لورثته لا لمن في درجته حتى الانقراض منعًا لحرمان بعض الورثة" [السابق، نفس الصفحة، نفس العدد].

التطبيق العاشر: حكم صادر في جلسة ٣ رجب ١٤٢٠هـ – الموافق ١٣/١٢/١٩٩٩م (أحوال شخصية)[1]

موضوعه: هبة

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي:ـ

الموجز: "الرجوع عن الهبة – تجاوز الموهوب له بالهبة"[2].

الحكم: "بعد الاطّلاع على الأوراق، وبعد المداولة، وحيث إنّ الوقائع – على ما تبين في الحكم المطعون فيه – تتلخص بأن الطاعن قد تقدم إلى محكمة... الابتدائية بدعواه على المدعى عليه... طلب فيها رفع يد المدعى عليه عمّا وهبه له في موضع... المحدود في الدعوى، وأنه قد رجع عن الهبة... الخ، وقد أجاب المدعى عليه بأن الأرضية قد وهبت له قبل خمسة عشر عامًا وبقي فيها بحضور المدعي، وأنه الآن يريد إخراجه منها، وبعد أن قامت محكمة الموضوع بتضمين ما ورد إليها جزمت بصحة الهبة، وعدم صحة الرجوع عنها، وقد أيدت محكمة استئناف... هذا الحكم بحكمها الصادر في ١٤١٩هـ، وما أضافته بإلزام الموهوب له بقيمة ما استهلكه خارجًا عن الهبة، لذلك قررنا أن حكم الحاكم – بثبوت الهبة وعدم صحة الرجوع عنها – المؤيد من محكمة الاستئناف موافقًا، علمًا أن الاستهلاك الحكمي هو أحد الموانع... التي يمتنع عنها الرجوع عن الهبة، وأماّ ما وسَّعه الموهوب له في الحدود التي لا تدخل في المحدود، فإنه يعتبر غاصبًا، وليس له حق في بقاء البناء، أو ليس العرف ظالمًا حق (هكذا)[3]، كما جاء في الأثر النبوي، وعليه رفع البناء، إلا

---

(١) طعن رقم (٣٧٧) لسنة ١٤٢٠هـ، أحوال شخصية (أ)

(٢) انظر في الموجز: [الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري – شخصي، مجموعة المبادئ والقواعد الشخصيَّة، ٣٦١ رقم (٣٨)].

(٣) لعل هذا خطأ مطبعي، فالمقصود الإشارة إلى قول النبي ﷺ: "ليس لعرق ظالم حق"، لأن الحكم أشار إلى أنه أثر نبوي. والحديث أخرجه الترمذي في سننه عَنْ سَعِيدِ بن زَيْدٍ: عَنْ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «مَنْ أَحْيَى أَرْضًا مَيْتَةً فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» قَالَ أَبُو عِيسَى: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ، وَقَدْ رَوَاهُ بَعْضُهُمْ عَنْ هِشَامِ بن عُرْوَةَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ النَّبِيِّ ﷺ مُرْسَلاً وَالْعَمَلُ عَلَى هَذَا

أن يرضى الغريم بثمن يرضاه فهو محسن إليه، وليس من حقه أن يساء إليه، فهو من باب نكران الجميل، هذا ما قررته الدائرة والله ولي الهداية والتوفيق"[1].

القاعدة المصرح بها في الحكم: هي "ليس لعرق ظالم حق".

ووجه الاستشهاد بهذه القاعدة: هو أنها واردة في الحكم للاستدلال بها على أن الموهوب له اعتدى بالتوسيع والبناء فيما لم يكن موهوبًا له من الواهب، والقاعدة هي في أصلها حديث نبوي.

رأي الباحث في التطبيق

لمّا كان الحديث بنصه هذا: "**ليس لعرق[2] ظالم حق[3]**"، يعتبر قاعدة في حدّ ذاته، فإن الاستدلال بهذه القاعدة هو استدلال بنص تشريعي، يمكن من خلاله

الْحَدِيث عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ وَغَيْرِهِمْ، وَهُوَ قَوْلُ أَحْمَدَ وَإِسْحَقَ. قَالُوا: لَهُ أَنْ يُحْيِيَ الأَرْضَ الْمَوَاتَ بِغَيْرِ إِذْنِ السُّلْطَانِ. وَقَدْ قَالَ بَعْضُهُمْ: لَيْسَ لَهُ أَنْ يُحْيِيَهَا إِلاَّ بِإِذْنِ السُّلْطَانِ. وَالْقَوْلُ الأَوَّلُ أَصَحُّ. قَالَ: وَفِي الْبَاب عَنْ جَابِرٍ وَعَمْرِو بن عَوْف الْمُزَنِيِّ جَدِّ كَثِيرٍ وَسَمُرَةَ. حَدَّثَنَا أَبُو مُوسَى مُحَمَّدُ بن الْمُثَنَّى قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا الْوَلِيدِ الطَّيَالِسِيَّ عَنْ قَوْلِه: «**وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**» فَقَالَ: الْعِرْقُ الظَّالِمُ: الْغَاصِبُ الَّذِي يَأْخُذُ مَا لَيْسَ لَهُ. قُلْتُ: هُوَ الرَّجُلُ الَّذِي يَغْرِسُ فِي أَرْضِ غَيْرِهِ؟ قَالَ: هُوَ ذَاكَ. (١٣) كتاب الأحكام (٣٨) باب ما ذكر في إحياء الأرض الموات، حديث رقم (١٣٧٨) ٣/ ٦٥٣، وأخرجه أبو داود، عن سعيد بن زيد، بنفس اللفظ. انظر: [سنن أبي داود، (١٤) كتاب الخراج والإمارة والفيء (٣٧) باب إحياء الموات حديث رقم (٣٠٧٣) ٣/ ١٣٤٢]، وأخرجه الطبراني، عَنْ كَثِيرِ بن عَبْدِ اللَّهِ الْمُزَنِيِّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «**مَنْ أَحْيَا أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ**». انظر: [المعجم الكبير، حديث رقم (٥) ١٤/١٧].

(١) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري- شخصي، مجموعة المبادئ والقواعد القضائية الشخصيّة، ٣٦٢ تحت رقم (٣٨). وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (١٠) في آخر هذا البحث.

(٢) معنى "عرق ظالم": العرق هو الظالم يكون ظاهرًا ويكون باطنًا، فالباطن: ما احتفر الرجل من الآبار واستخرجه من المعادن، والظاهر: ما بناه أو غرسه، وقيل: الظالم: من بنى أو زرع أو حفر في أرض غيره بغير حق ولا شبهة. انظر: [سبل السلام، لابن الأمير الصنعاني، ٣/٩٠٧، ٩٠٨].

(٣) الحديث "دليل على أن الزارع في أرض غيره ظالم ولا حق له" [السابق ١/٩٠٨].

إنشاء قاعدة أخرى هي: "أن **العدوان لا يكسب المعتدي حقًا**"، فمن غصب أرضًا، فزرع فيها، أو غرس، أو بنى فيها، لا يستحق تملكها إلا بالقيمة أو البقاء فيها بأجر المثل[1] وبرضا صاحب الحق، كما يلاحظ أن المحكمة العليا استدلت بهذه القاعدة بنص الحديث على عدم استحقاق الموهوب له ما وسعه في حدود الهبة، وأنه يعتبر غاصبًا، وليس له حق في بقاء البناء، وعليه رفعه.

ويلاحظ أيضًا أن حكم المحكمة العليا جاء مؤيدًا لحكم الحاكم في المحكمة الابتدائية، كما أن استدلال المحكمة العليا بهذه القاعدة ألغى ما قررته محكمة الاستئناف من إلزام الموهوب له بقيمة ما استهلكه خارجًا عن الهبة للموهوب؛ ذلك أن محكمة الاستئناف حين قررت هذا فإنها تكون قد أعطت الموهوب له – المعتدي بالزيادة على الموهوب له – استحقاق تملك ما اعتدي فيه بالقيمة، وهذا فيه استغلال للحقوق بقوة المال، ناهيك عن الاعتداء بالغصب بالبناء، لذلك فإن المحكمة العليا بهذه القاعدة تكون قد بيّنت وجه القصور في الحكم الاستئنافي، واستندت بهذه القاعدة على حكمها الموافق للنص النبوي.

* * *

التطبيق الحادي عشر: حكم صادر بجلسة ١٥ رجب سنة ١٤٢٠ هـ الموافق ١٩٩٩/١٠/٢٤ (أحوال شخصية)[2]

موضوعه: ولاية عن القاصر

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي: –

الموجز: "بيع الأم عن القاصر في سنين المجاعة – حكمه"[3]

---

(١) القواعد الفقهية، للندوي، ٢٨٠.

(٢) طعن رقم (٤١٠)، لسنة ١٤٢٠ هـ، شخصي.

(٣) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، جمع وإعداد: المكتب الفني، بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري- شخصي، مجوعة المبادئ والقواعد الشخصيّة، ٣٦٣ رقم (٣٩).

الحكم: "هذا وبعد المداولة، والتأمل، وإمعان النظر، وجدنا ما قرره الحاكم، وأيدته فيه محكمة استئناف محافظة... من وجوب إعادة القسمة لمخلف... بين ورثته مناسخة، لعدم استيفاء شروطها الشرعيَّة، من عدم وجود النصب من حاكم شرعي عن القاصرين، ولما شابه من ملابسات، من عدم إيصال الورثة من المدعين بفصولهم، ولكون المدعين ووالدهما غائبين عن الأرض والمحل موافقًا، ما عدا ما جزم به الحاكم من عدم نفوذ نصيب المدعي فيما باعته أمه في سنين المجاعة فهو مخالف للاجتهادات التي تقضي بنفوذ البيع من الأم عن القاصر فيما باعته في سنين المجاعة، وكذا ممَّا ثبت بيعه بوجه شرعي حسب من نصيبه (هكذا النصّ ولعلها ما ثبت بيعه حسب من نصيبه)، هذا ما قررته الدائرة والله ولي التوفيق"(١)

القاعدة المشار إليها في الحكم: هي قاعدة "رفع الضرر"

ووجه الاستدلال بالقاعدة: يتمثل في الاستشهاد الضمني بها، حيث إنّ المحكمة العليا رأت أن ما ورد في حكم الحاكم الابتدائي من عدم نفوذ نصيب المدعي فيما باعته أمه في سنين المجاعة غير صائب، لمخالفته للاجتهادات القضائية التي تقضي بنفوذ البيع من الأم عن القاصر فيما باعته في سنين المجاعة، ومن تلك الاجتهادات في هذا الموضوع: حكم قضائي سيأتي لاحقًا، كما أن في هذا الحكم – الذي نحن بصدده – إشارة إلى أن في المجاعة ضررًا بالقاصر، وأن الأم حينما تصرفت بالبيع عنه فإنها إنما تصرفت لدفع ضرره

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن التطبيق سليم؛ لأن الأم لم تتصرف بالبيع عن ولدها القاصر إلا لدفع ضرر المجاعة، ولأنها لو لم تفعل ذلك للحق ولدها ضررًا بالغ في نفسه بالمرض أو الهلاك.

---

(١) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، جمع وإعداد: المكتب الفني، بالمحكمة العليا ، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري – شخصي، ٣٦٤. وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (١١) في آخر هذا البحث.

بعض القواعد التي يمكن الإفادة منها في توجيه الحكم

لمّا كانت القضايا والمستجدات كثيرة ولا تتناهى، ولمّا كانت نصوص القوانين لا تتناول كلّ قضية بعينها، فإن استدراك القضاة للقواعد والإحاطة بها يسهل عليهم الوصول إلى حكم يحسم النزاع، ومن القضايا التي لم ينص القانون اليمني عليها: هذه القضية، وهي حكم بيع الأم عن القاصر فيما باعته في سنين المجاعة، فهل ينفذ؟ أم يبقى موقوفًا على إجازة القاصر بعد البلوغ؟.

ويمكن فهم الإجابة على هذا السؤال من خلال ما قررته المحكمة العليا من نفوذ تصيب القاصر فيما باعته أمه في سنين المجاعة، وفي هذا معارضة لما حكم به الحاكم الابتدائي من عدم نفوذ نصيب القاصر فيما باعته أمه عنه في سنين المجاعة، إلا أن ممّا يرجح حكم المحكمة العليا على الحكم الابتدائي: هو استحضار القواعد، ومن تلك القواعد التي كان ينبغي على الحاكم الابتدائي استحضارها في هذا الموضوع:ما يلي: -

١ – قاعدة: "ما لا يتم الواجب إلاّ به فهو واجب"

وتطبيقًا لهذه القاعدة في هذه القضية، يمكن القول: إن من الواجب على أم القاصر المحافظة على ابنها، وعلى رأس ذلك حفظه من الموت جوعًا، والمحافظة عليه من تعرضه للأمراض، وحفظه من الموت والأمراض بسبب الجوع، وهذا الحفظ لا يتم إلا بدفع كل مخاطر الجوع، فإنْ كان للقاصر مال، فإنّ تصرف الأم فيه يكون واجبًا – إن لم يكن ثمة مال آخر – لدفع ضرورة ابنها، وبالتالي فإن إعمال هذه القاعدة يرجّح حكم المحكمة العليا بنفوذ بيع الأم عن ابنها القاصر في المجاعة.

٢ – قاعدة: "درء المفاسد أولي من جلب المصالح"

يمكن الإفادة من هذه القاعدة في تعليل الحكم بالقول: إن المفسدة المحدقة بالقاصر هي خطر الموت جوعًا، أو الضعف والمرض بسبب الجوع أيضًا، والمصلحة المتوخاة في حقه تتمثل في عدم بيع ماله، ولكن دفع مخاطر الجوع أولى من مصلحة الإبقاء على المال، فالمال يذهب ويعود، ولهذا فإن المحكمة العليا مصيبة

في قرارها بنفوذ تصرف أم القاصر فيما باعته عن ولدها في المجاعة، مشيرة بـذلك إلى الاجتهادات القضائية السابقة التي عللت نفوذ بيع أم القاصر لما باعته عن ولـدها في المجاعة بدفع الضرر، ومن تلك الاجتهادات: ما نصّت عليه المادة رقم (١٦) من قرارات وزارة العدل، الصادرة بتاريخ ٥ يناير، لسنة ١٩٧١م، من أن: "البيـع عـن القاصر في سني المجاعة للإنفاق نافذ من الأم ولو بدون نصب من حاكم وليس لهـا بيع كرائم الأموال مع إمكان بيع ما دونها"[١].

وهذا أيضًا كان اختيار المحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ ٢٥ مـن شهر ربيع الأول لسنة ١٣٩٠هـ، الذي ورد فيه: "أن بيع الأم عن أولادها القاصرين في سنتي المجاعة ١٣٢١ و ١٣٦٢[٢] للإنفاق عليهم في القوت الـضروري، وكـذا بيعها عن زوجها في الإنفاق على أولاده لغيبته في التاريخ المذكور، صـحيح نافـذ، ولو بدون نصب من حاكم، ولا مناقشة منه لأحد بعد من الأولاد أو مـن الـزوج إن عاد"[٣]، ولعل هذا هو المقصود بالاجتهادات السابقة التي أشار الحكم إليهـا، وهكـذا فإن التعليل بدرء مفسدة مخاطر الجوع يظهر في هذا الاختيار للمحكمة العليا.

* * *

التطبيق الثاني عشر: حكم صادر في جلسة ٢٦ رجب لـسنة ١٤٢٠هـ - الموافق ١٩٩٩/١١/٤م (أحوال شخصية)[٤]

موضوعه: سكنى الزوجة

جاء هذا الموضوع في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي: -

(١) مجلة البحوث والأحكام القضائية اليمنية، الجمهورية العربية اليمنية، وزارة العدل، المحكمة العليا للنقض والإقرار، المكتب الفني، العدد الأول، السنة الأولى، جمادى الثانية، ١٤٠٠ هـ- إبريل ١٩٨٠م، ٨.

(٢) المجاعة التي وقعت سنة ١٣٦٢ هـ كانت مجاعة خاصة في لواء حجة ولم تكن مجاعة عامة في اليمن. [السابق، حاشية رقم (١)، ٨].

(٣) السابق، العدد الأول، ٨. وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (١٢) في آخر هذا البحث.

(٤) طعن رقم (٤٤٥)، لسنة ١٤٢٠ هـ، شخصي.

الموجز: "التزام الزوج لزوجته بإسكانها في مكان معين، حكمه"[1].

الحكم: "هذا وبعد المداولة، وإمعان النظر، والتأمل، وجدنا ما قررته محكمة استئناف أمانة العاصمة من وجوب الوفاء بالشرط، وهو إسكان... زوجته في صنعاء موافقًا، لوجود الالتزام، و**المؤمنون عند شروطهم**، هذا ما قررته الدائرة والله الموفق"[2]

القاعدة المصرح بها في الحكم هي قاعدة: "المؤمنون عند شروطهم"

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: يتمثل في بيان حكم التزام الزوج لزوجته بإسكانها في مكان معين، حيث حكمت المحكمة العليا بتأييد ما قررته محكمة الاستئناف من وجوب وفاء الزوج بإسكان زوجته في صنعاء، وبنت حكمها هذا على أساس وجود التزام الزوج لزوجته، واستندت في ذلك إلى القاعدة المذكورة، وهي: "**المؤمنون عند شروطهم**"، مستدلة بها استدلالا صريحًا على أن المؤمن إذا شرط على نفسه شرطًا جائزا، فإنه يجب عليه الوفاء به.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن التطبيق صريح وواضح وسليم في الحكم؛ لأن المحكمة استندت في إلزام الزوج بإسكان زوجته في صنعاء إلى التزام الزوج على نفسه، ومحتجة بقوله ﷺ: «**الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**»[3]، فهذا الحديث يعد قاعدة ثابتة

---

(١) انظر في هذا الموجز: [القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري- شخصي، ٣٧١، مجموعة المبادئ والقواعد الشخصية، رقم (٤٣)]. وانظر الوثيقة رقم (١٣) في أخر هذا البحث.

(٢) السابق، نفس العدد، نفس الجزء، نفس الصفحة.

(٣) الحديث أخرجه البخاري تعليقًا بلفظ: "قال النبي ﷺ: «**الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**» انظر: [الصحيح (٤٢) كتاب الإجارة (١٤) باب أجر السمسرة ٧٩٤/٢]. وأخرجه الترمذي عن كَثِيرِ بن عَبْدِ اللَّهِ بن عَمْرِو بْنِ عَوْفٍ الْمُزَنِيُّ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ:

معتبرة، وأن الشروط تكون مؤثرة في أحكام العقد الصحيح ونتائجه[1].

ومن العبارات التي وردت بهذا المعنى ــ وهي شهيرة ــ حتى اتسمت بسمة القواعد: ما رُوي عن شريح[2]، أنه قال: "**من شرط على نفسه شرطًا غير مكره فهو عليه**"[3].

«الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلاَّ صُلْحًا حَرَّمَ حَلاَلاً أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ إِلاَّ شَرْطًا حَرَّمَ حَلاَلاً أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» قَالَ أَبُو عِيسَى: هَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ. (١٣) كتاب الأحكام، (١٧) باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين المسلمين، حديث رقم (١٣٥٢) ٣/٦٢٥.

(١) القواعد الفقهية، لعلي أحمد الندوي، ٣٣٩. والمراد أن المسلمين يوفي بعضهم بعضًا ما اتفق عليه من الشروط إذا لم تكن متعارضة مع نص أو أصل شرعي.

(٢) هو شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي، ويقال: شريح بن شُراحيل، أو بن شُرَحبيل أبو أمية، ويقال: هو من أولاد الفرس الذين كانوا باليمن، وكان ممن أسلم في حياة النبيّ ﷺ وكان ثقة- وانتقل من اليمن زمن الصديق، وولي قضاء الكوفة لعمر، فمن بعده خمسًا وسبعين سنة، وقيل: إنه استعفي من القضاء قبل موته بسنة، وتوفي سنة ثمان وسبعين (٧٨هـ) وقيل: سنة ثمانين (٨٠هـ) وقيل: سنة سبع وثمانين (٨٧هـ) وقيل: سنة تسع وسبعين (٧٩هـ)، وقيل: سنة ست وسبعين (٧٦هـ) انظر في ترجمته: [سير أعلام النبلاء، ٤/١٠٠-١٠٦؛ وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لأبي العباس، شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان (ت٦٨١هـ) حققه: د. إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ٢/٤٦٠ – ٤٦٣؛ شذرات الذهب، ١/٨٥ -٨٦].

(٣) هذا الأثر أورده وكيع، قال: "اكترى رجل من رجل ظهرًا، فقال: ائتني به يوم كذا وكذا فإن لم أخرج معك فلك ما تشاء دراهم، فأتاه بالظهر، فلم يخرج معه، فأتى شريحًا، فقال: من شرط على نفسه شرطًا غير مكره فهو عليه". انظر: [أخبار القضاة، لمحمد بن خلف بن حيان، المعروف بوكيع (ت٣٠٦هـ) عالم الكتب، بيروت، ٢/٣٢٥].

وعن شريح قال: اختصموا إليه في رجل اكترى من رجل ظهره فقال: إن لم أخرج في يوم كذا وكذا فلك زيادة كذا وكذا في كرائك، فلم يخرج يومئذ وحبسه، فقال: من شرط على نفسه شرطًا طائعًا غير مكره أجزناه عليه". انظر: [أخبار القضاة، ٢/٣٤٠].

والكراء: هو أجرة المستأجر، ويقال: كاراه، واكتراه، وأكرى دابته وداره فهي مكراة، والبيت مكري، والاسم الكروة والكرو. واكتريت منه دابته بمعنى استكريتها، ويقال: استكرى وتكارى.

وما روي عن ابن سيرين[١] من أنه قال: "قال رجل لكريّه[٢]: أرحل[٣] ركابك[٤]، فإن لم أرحل معك في يوم كذا وكذا، فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: **من شرط على نفسه طائعًا غير مكره فهو عليه**"[٥]، أي: أنّ شريحًا قد قضى بما يُعتبر قاعدة في الالتزام بما يشرطه المرء على نفسه في العقود الصحيحة، ووجه قضائه هو: "أنّ العادة أنّ صاحب الجمال يرسلها إلى المرعى، فإذا اتفق مع التاجر على يوم بعينه، فأحضر له الإبل، فلم يتهيأ للتاجر السفر، أضر ذلك بحال الجمّال، لما يحتاج إليه من العلف، فوقع بينهم التعارف على مال معين يشترطه التاجر على نفسه إذا أخلف ليستعين به الجمّال على العلف"[٦]، فحاصل ما روي عن شريح أنه

انظر: [تاج العروس، للسيد محمد مرتضى الزّبيدي (ت ١٢٠٥هـ) الناشر: دار ليبيا للنشر والتوزيع- بنغازي، ٣١٣/١٠].

(١) هو محمد بن سيرين أبو بكر الأنصاري البصري، مولى أنس بن مالك، تملكه أنس، ثم كاتبه، فوفاه وعجل له مال المكاتبة، كان حسن العلم بالفرائض، والقضاء، والحساب، قال أنس بن سيرين: ولد أخي محمد لسنتين بقيتا من خلافة عمر، وولدت بعده بسنة قابلة، مات سنة عشر ومائة (١١٠هـ)، انظر في ترجمته: [سير أعلام النبلاء، ٦٠٦/٤-٦٢٢؛ شذرات الذهب ١٣٨/١ -١٣٩].

(٢) الكري: هو الذي يكري دابته. انظر: [تاج العروس، للزبيدي، ٣١٢/١٠].

(٣) أرحل الرجلُ البعير، وهو رجل مُرْحِل، وذلك إذا أخذ بعيرًا صعبًا فجعله راحلة. انظر: [لسان العرب، ٢٩٤/١٣].

(٤) الركاب يضاف إلى الخيل والإبل وغيرهما. انظر: [تاج العروس، للزبيدي، ٢٧٦/١]

(٥) قال ابن سيرين: قال رجل لكريّه: أرحل ركابك فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم فلم يخرج فقال شريح: من شرط على نفسه طائعًا غيره مكره فهو عليه" [ذكره البخاري في (٥٨) كتاب الشروط في مستهل (١٨) باب ما يجوز من الاشتراط والثنيا في الإقرار والشروط التي يتعارفها الناسُ بينهم، ٩٨١/٢]. والثنيا: هي الاستثناء.

(٦) فتح الباري بشرح صحيح البخاري للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني. (ت ٨٥٢هـ) طبعة مزيدة بفهرس أبجدي بأسماء كتب صحيح البخاري، قرأ أصله تصحيحًا وتحقيقًا وأشرف

قضى على المشترط بما اشترطه على نفسه بغير إكراه[1]، وهكذا فإن الحكم بالإلزام الزوج بإسكان زوجته جاء موافقاً للقواعد، وهو تطبيق سليم لقاعدة: "**المسلمون عند شروطهم**".

* * *

التطبيق الثالث عشر: حكم صادر في جلسة ٢٨ رجب سنة ١٤٢٠هـ - الموافق ٦/١١/١٩٩٩م (أحوال شخصية)[2]

موضوعه: فسخ نكاح

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي: -

الموجز: "الحكم بصحة الفسخ مع عدم قيام دعوى على ذلك - أثره".

الحكم: "هذا وبعد الاطلاع، والمداولة، والتأمل، وجدنا ما قرره الحاكم، وأيدته فيه محكمة استئناف أمانة العاصمة، من صحة فسخ نكاح... من نكاح زوجها وتغريمه خمسين ألف ريال قيمة العلاج محل نظر، لعدم صدور الدعوى من الزوجة، وعدم قيام الشهادة على صغرها وقت العقد، وإنما اكتفى الحاكم بتصريح الزوجة بالفسخ، لهذا لزم إرجاع القضية، لإعادة النظر فيها، وإقامة الدعوى، والإجابة، ثم الفسخ بخيار الصغر، هذا ما قررته الدائرة والله ولي التوفيق"[3].

على مقابلة نسخه المطبوعة والمخطوطة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت - لبنان، ٥/٣٥٤.

(١) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، لابن حجر، ٥/٣٥٤.

(٢) طعن رقم (٤٥٢) لسنة ١٤٢٠هـ، شخصي.

(٣) انظر في نص هذا الحكم: [القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني: تجاري

القواعد التي يدل فحوى الحكم على الاستشهاد بها

بملاحظة هذا الحكم يظهر اشتماله على أمرين في الفسخ، هما: –

الأمر الأول: عدم صحة فسخ نكاح الزوجة من زوجها، وهذا معلّل بعدم صدور الدعوى من الزوجة على الفسخ، وبعدم إثبات الشهادة على الصغر وقت العقد.

الأمر الثاني: إرجاع القضية لإعادة النظر فيها، وإقامة الدعوى والإجابة، ثم الفسخ بخيار الصغر، وهذا الأمر مبني على عدم صدور دعوى الفسخ وعدم ثبوت الصغر.

ومن خلال ذلك كله ندرك بجلاء أن الحكم مبني على عدم وجود الدعوى، والإجابة، والإثبات، في الفسخ بالصغر، وهو ما يمكن القول معه: إن فحوى الحكم يشير إلى قاعدتين، هما: –

القاعدة الأولى: الاستصحاب

وهذه القاعدة يعبّر عنها أيضًا بقاعدة: "**الأصل بقاء ما كان على ما كان**"، و: "**الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن**"، وهي تعني: التمسك بالحكم الثابت في حالة البقاء وملازمة ذلك الحكم ما لم يوجد المغير، وحاصله: إبقاء ما كان على ما كان عند عدم وجود دليل يزيل هذا البقاء.

ووجه الاستدلال بالقاعدة: هو أن حكم المحكمة العليا استند إلى الاستصحاب بإبقاء النكاح بين الزوجين، لعدم ثبوت ما يدل على تغيير بقائه، أي أنه لم يثبت ما يزيل النكاح، وهو في هذه الواقعة عدم ثبوت الصغر وقت العقد.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن الاستدلال بقاعدة الاستصحاب في هذا الحكم هو استدلال

= شخصي، مجموعة المبادئ والقواعد الشخصيّة، ٣٧٣ تحت رقم (٤٤)]. وانظر في الموجز ص ٣٧٢ من المرجع نفسه، وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (١٤) في آخر هذا البحث.

سليم، وتطبيق عملي صحيح، ذلك أنه بتطبيق قاعدة: "**الأصل في كل حادث تقديره بأقرب زمن**" على هذه الواقعة، يمكن القول: إن الصغر المدعى به له زمنان: زمن العقد، وزمن الادعاء، لذلك فإن الحكم بالفسخ يرتبط بإثبات الصغر وقت العقد؛ لأن وقت العقد هو أقرب أزمان الصغر.

القاعدة الثانية: "اليقين لا يزول بالشك"

ووجه الاستدلال بالقاعدة: هو أن المحكمة العليا وقع لديها الشك في صدور دعوى الفسخ من الزوجة، وحيث إنّ الأمر المتيقن هو بقاء النكاح وعدم الفسخ، وهذا اليقين تمسكت به المحكمة؛ لأنها لم تطلع على دعوى الفسخ من الزوجة ولا على إجابة الزوج على تلك الدعوى، ولم يوجد ما يدل على إثبات الصغر، لذلك ولإعمال قاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**"، فإن المحكمة العليا أرجعت القضية، لإعادة النظر، وإقامة الدعوى، والإجابة، ثم الفسخ بخيار الصغر.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن الاستدلال بالقاعدة استدلال سليم، وتطبيق صحيح، وهو ما يدل على أن المحكمة تمسكت باليقين الذي لا يزول إلا بيقين مثله.

الفصل الثانـي

أمثلة تطبيقية للإفادة من القواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية في المجال الجزائي ورأي الباحث فيها

لمّا كانت الأبواب والفصول السابقة قد كشفت عن أهمية القواعد الأصولية والفقهية في المجال القضائي، من حيث فهم وقـائع الـدعوى، وحـسن تـضمينها، وصياغتها من قبل القاضي، ومن حيث أثرها في تسبيب الأحكام، وسلامة منطوقاتها، وفي تحقيق العدل، كان لابد من دراسة بعض الأحكام القضائية اليمنية فـي المجـال الجزائي لمعرفة مدى إعمال القضاة لتلك القواعد، ولبيان أثرها في تلـك الأحكـام، وفيما يلي نماذج منها: -

التطبيق الأول: حكم صادر من المحكمـة العليـا بتـاريخ ٢٧ صـفر سـنة ١٣٦٩هـ

موضوعه: أثر القتل على القصاص من القاتل، مع تجاوز الدفاع الشرعي

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق يتمثل في المبدأ، وذلك على النحـو التالي: -

الموجز: "لا يحكم بالقصاص في حالة القتل مع تجاوز حق الـدفاع الـشرعي عـن النفس، بل بالدية مع التعزير"

المبدأ: "صدر لنا بهذا أحد رقمي الحاكمين... في مسألة قتل... في المدرسة العلميَّة، وقد جزم الحاكمان بما ترون من لزوم القصاص، قـالا: لوقوعـه عمـدًا عـدوانًا، بالشهادة على الفعل والمباشرة، وبإقرار القاتل بالقتل مدافعـة بعـد أن أقـدم عليـه المقتول، وأفاد الحاكمان بأن إقدام المقتول على قاتله بالضرب بالنعل لا يبيح القتل مع إمكان تقديم الأخف، ولدن مطالعة الحكم في الاستئناف لم نجد وجهًا لتقريـره لعـدم

ظهور العدوان من القاتل لا بالشهادة ولا بغيرها، والشهادة المقامة من جهة القاتل على المدافعة... قد أفادت بأن المقتول هو المعتدي، حيث إنَّه صال أولاً على... القاتل بأن لطمه بالنعل وذلك مبيح للمدافعة ولو لم يخش إلا الألم كما نصوا عليه".

"**إقرار المبدأ وجوب الحكم بالدية مع التعزير:** كان مطالعة المحرر منكم باطنًا، والمحرر من الحاكمين، والتأمل، والذي تسكن إليه النفس هو لزوم الدية كاملة، وعدم لزوم القصاص، فإنه أشكل الأمر، والتحري والتحرج عن سفك الدم بلا حكم واضح لا شبهة فيه هو الواجب، فليكن العمل بهذا، والضبط بتسليم الدية القاتل (هكذا ولعلها تسليم الدية من مال القاتل)... ويكون بقاؤه بحبس القلعة مقيدًا ولا يطلق إلا من لدينا"(١).

القواعد الموجّه بها الحكم

من خلال منطوق الحكم وتعليلاته يظهر أنه ينطوي على قاعدتين، هما: -

القاعدة الأولى: "الضرورات تبيح المحظورات"

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: قد أتى ضمنيًا، حيث إنَّ حكم المحكمة العليا جاء مخالفًا لما قضت به المحكمة الابتدائية، والمحكمة الاستئنافية، وقد جمعتهما المحكمة العليا تحت مسمى: (الحاكمان)، فالمحكمة الابتدائية قضت بلزوم القصاص من الجاني، وهو ما أيدته محكمة الاستئناف، بينما قضت المحكمة العليا بنقضه وعدم تقريره، ويرجع هذا الاختلاف بين المحكمة العليا، وبين المحكمة الابتدائية، والمحكمة الاستئنافية، إلى الاختلاف في تكييف اللطمة بالنعل، هل هي من قبيل الضرورات المبيحة للقتل أم لا؟ فالمحكمة العليا اعتبرت الضرب بالنعل صيالاً - أي اعتداء - يبيح للمضروب المدافعة، من باب دفع الصائل، على اعتبار أن الصيال ضرورة يباح دفعه ولو بالقتل، أما كلّ من المحكمتين: الابتدائية، والاستئنافية، فقد اعتبرتا أن

---

(١) انظر في الموجز والمبدأ: [مجلة البحوث والأحكام والقضائية اليمنية، الجمهورية العربية اليمنية، وزارة العدل، المحكمة العليا للنقض والإقرار، المكتب الفني، العدد الأول، السنة الأولى، جمادى الثانية، ١٤٠٠ هـ - إبريل ١٩٨٠م، ١٩]. وانظر أيضًا: الوثيقة رقم (١٥) في آخر هذا البحث.

الضرب بالنعل لا يبيح القتل، مع إمكان تقديم الأخف، وهذا معناه: أن المحكمة العليا في هذا الحكم أطلقت وضع اللطم بالنعل وجعلته من قبيل الصيال المبيح للدفاع الشرعي، ولو أدى إلى قتل الصائل، بينما جعلته المحكمة الابتدائية، والاستئنافية، من قبيل الاعتداء الميسور دفعه، وأن القتل بسبب الضرب بالنعل يعتبر من قبيل تجاوز الدفاع الشرعي، مع إمكان تقديم الأخف، وهكذا فإن الأحكام بجميع درجات التقاضي تضمنت الإشارة إلى قاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**".

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أنه يختلف تطبيق القاعدة في المحكمة العليا، عنه في كلٍ من المحكمتين: الابتدائية، والاستئنافية، من حيث ملاءمة تطبيق القاعدة للواقعة من عدمه، فتطبيق القاعدة في حكم المحكمة العليا غير ملائم للواقعة، لأنها اعتبرت اللطم بالنعل مبيحًا لقتل اللاطم من قبل الملطوم – من باب الدفاع الشرعي – الذي يعتبر ضرورة تبيح المحظور، وهذا التطبيق في غير محله، ذلك أن المقصود من الدفاع الشرعي هو دفع الاعتداء الجسيم المحدق بالمعتدى عليه، واللطم بالنعل لا يصدق عليه أنه ضرورة يباح بسببه القتل دفاعًا شرعيًا، فاللطم بالنعل وإن كان فيه إهانة للملطوم إلا أنه يمكن تدارك هذا الأمر بما لا يصل إلى القتل، أي أن القتل بسبب اللطم بالنعل – يعتبر في نظر الباحث – من قبيل الانتقام المبالغ فيه، ومن قبيل التهور والتسرع في سفك الدماء، وحيث إنَّ هذا التطبيق غير ملائم للواقعة فإن ما ذهبت إليه المحكمة العليا من نفي القتل العمد عن الجاني، وعدم لزوم القصاص منه، غير ملائم أيضًا؛ لأن الدفاع الشرعي أمر موهوم في هذه الواقعة، ولأن اعتبار القتل بسبب اللطم بالنعل دفاعًا شرعيًا يؤدي إلى كثرة القتل لأبسط الأسباب، ركونًا من الجناة إلى دفع الديات بدلاً من إلحاق القصاص بهم، لذلك كله فإن ما قضت به المحكمة الابتدائية، وأيدتها فيه المحكمة الاستئنافية، من لزوم القصاص بالجاني في هذه الواقعة هو الراجح، سدًا لذريعة القتل لأبسط الأسباب[1].

---

(١) وسد الذريعة في مثل هذه الواقعة يتمثل بالحكم بالقصاص من الجاني، فهذا هو الذي يلائم المجتمع اليمني، ويردع الجناة، ذلك أنه مشهور عن المجتمع اليمني وجود أسلحة نارية في أيدي

القاعدة الثانية: "**الأصل العدم**"

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: مفهوم في حكم المحكمة العليا، من خلال تعليلها لنقض الحكم الاستئنافي، المؤيِّد للحكم الابتدائي، القاضي بلزوم القصاص من الجاني، فقد علّلت هذا النقض بقولها: "لدن مطالعة الحكم في الاستئناف لم نجد وجهًا لتقريره، لعدم ظهور العدوان من القاتل لا بالشهادة ولا بغيرها..."، وهذا التعليل ينطوي على قاعدة: "**الأصل العدم**" الذي بنت عليه المحكمة عدم ظهور العدوان من القاتل.

رأي الباحث في التطبيق.

من خلال ما سبق يظهر للباحث أن ما ذهبت إليه المحكمة العليا من تقرير عدم ظهور العدوان من القاتل، هو في غير محله، ويتنافى مع قاعدة: "**الأصل العدم**"، لأن العدوان ظاهر من القاتل بقتله المجني عليه، والقتل أكبر عدوان، كما أن ما جاء في الحكم: من أن "الذي تسكن إليه النفس هو لزوم الدية كاملة وعدم لزوم القصاص"، بحجة أنه "أشكل الأمر، والتحري والتحرج عن سفك الدم بلا حكم واضح لا شبهة فيه هو الواجب"، هو أمر في غير محله في هذه الواقعة، لأن الأمر واضح، ولأنه لا شبهة تقتضي العدول عن القصاص إلى الدية، فالقاتل معتد على المقتول بقتله عمدًا وعدوانًا بسبب لا يباح مثله القتل وهو اللطم، فأين الإشكال، مع وضوح العمد والعدوان؟

أما تعليل عدم لزوم القصاص من القاتل بأنه من باب التحري والتحرج عن

السواد الأعظم من الجمهور وكثرة امتلاك المواطنين لها، ويذكر أحد الباحثين عددًا هائلًا للأسلحة النارية، حيث قال: "قدرها بعضهم بخمسين مليون قطعة سلاح متنوعة" انظر [المسئولية الجزائيّة في القانون اليمني والقضاء والفقه الشرعي، د. حسن على مجلي، هامش رقم (١)، ١٦٢.] ولذلك فإن من الصور الشائعة في اليمن أن يترك الشخص سلاحه الناري مشحونًا بالرصاص في متناول أحد أطفاله الذي قد يعبث به، ممّا يترتب على ذلك كثير من الإصابات القاتلة. انظر: [السابق، ص ١٦٢، وهامشها رقم (١)]

سفك الدماء، فإن هذا التعليل يصلح للزوم القصاص من الجاني، وهو ما يتوافق مع قاعدة: "**الأصل العدم**"؛ لأنه ــ بناء على هذه القاعدة ــ يكون الأصل عدم العدوان، وكان يجب على القاتل التحري عن سفك دم غيره، وعدم التهور في استخدام آلة قاتلة لدفع العدوان، وكان يجب عليه أن يحتاط لذلك.

ومما يضعف تعليل المحكمة العليا: هو أن القاتل مُقِرّ بقتله المجني عليه، والقتل ثابت بالشهادة ــ أيضًا – إضافة إلى أن حالة الدفاع الشرعي – التي استندت إليها المحكمة العليا لتقرير عدم لزوم القصاص من القاتل – منتفية أصلاً، فلو كان الجاني في حالة دفاع شرعي – كما يزعم – فإنه كان يكفيه أن يسدد للمجني عليه ضربة مناسبة في غير مقتل، لا سيما وأن قتل الجاني للمجني عليه كان بعد اللطم، أي بعد انتهاء الصيال، هذا على فرض وجود الصيال، وهذا يعني أن القاتل كان مسيطرًا على الموقف، وكان بإمكانه تدارك القتل[1] بتقديم الأخف، وهذا ما اقتنعت به المحكمة الابتدائية حين ذهبت إلى أن الجاني قد أوقع القتل بالمجني عليه عمدًا وعدوانًا بالشهادة، وبالإقرار، بالرغم من أن فعل القتيل (اللطم) لا يبيح القتل مع إمكان تقديم الأخف.

ويلاحظ أن الموجز المستخلص من الحكم وهو: أنه "لا يحكم بالقصاص في حالة القتل مع تجاوز حق الدفاع الشرعي عن النفس، بل بالدية مع التعزير" لا يصدق على هذه الواقعة، لعدم تحقق اعتداء القتيل على القاتل، الأمر الذي يعني عدم وجود حالة الدفاع الشرعي، فالموجز المستخلص من هذا الحكم يصدق على غير هذه

---

(١) يشير أحد الباحثين إلى هذا الحكم، ويذكر في هذه الواقعة: أن القاتل أجهز على القتيل بطعنة أردته قتيلًا، وتتلخص وقائع القضية، في أن القتيل أقدم على لطم القاتل بالنعل في المدرسة العلميّة بصنعاء وتأهب للاستمرار في عداونه، فما كان منه إلا أن أجهز عليه بطعنة أردته قتيلًا. ويذكر -أيضًا- أن المداولة في أحكام القتل قصاصًا أو حدًا كانت تتم من الجمعية العمومية للمحكمة العليا للنقض والإقرار. انظر: [شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص، د. حسن على مجلي، ١٩٠، وهامشها]

الواقعة ــ أي في الوقائع التي تثبت فيها حالة الدفاع الشرعي، ويثبت فيها أن المدافع تجاوز الدفاع بأن أقدم على القتل مع إمكان تقديم ما هو أخف منه – ففي هذه الحالة يسقط القصاص لقيام حالة الاعتداء من المقتول على القاتل، لقيام حالة الدفاع الشرعي، ولكن لا تسقط الدية، ولا التعزير، لثبوت القتل العمد.

* * *

التطبيق الثاني: حكم صادر من المحكمة العليا بتاريخ جمادى الآخرة (هكذا دون تاريخ لليوم وللشهر، سنة ١٣٦٩هـ)

موضوعه: التوكيل بطلب القصاص وحضور تنفيذه

جاء هذا الحكم في موجز له، ومبدأ تضمن منطوقه، وذلك على النحو التالي: –

الموجز: "لا يتوقف طلب القصاص أو تنفيذه على حضور وارث القتيل شخصيًا"

المبدأ: "لا يعتبر في إثبات القصاص لورثة المقتول عمدًا عدوانًا حضور الوارث ولا في استيفائه، بل يكفي فيهما الوكيل، فإن ذلك من جملة الحقوق التي يعتبر فيها الوكيل"[١].

القاعدة التي يمكن الإفادة منها في توجيه الحكم: هي قاعدة "رفع الحرج".

هذا الحكم لم يشر إلى أي من القواعد لا صراحة ولا ضمنًا، إلا أنه يمكن القول: إن القاعدة التي يصلح توجيه الحكم بها هي قاعدة: **"رفع الحرج"**، فهي تصلح لتعليل هذا الحكم، ومثله أحوال الصلح بين المتخاصمين؛ لأن الشريعة الإسلامية تتوخى رفع الحرج عن الناس، والتوكيل في الخصومات يأتي في هذا الإطار، إذ لو

---

(١) مجلة البحوث والأحكام القضائية اليمنية، الجمهورية العربية اليمنية، وزارة العدل، المحكمة العليا للنقض والإقرار، المكتب الفني، العدد الأول، السنة الأولى، جمادى الثانية، ١٤٠٠ هـ– إبريل، ١٩٨٠م، ٥٤. وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (١٦) في آخر هذا البحث.

اشترط حضور الخصم في كل الخصومات لأدى ذلك إلى الحرج والمشقة بالأمة، فالتوكيل في الخصومات يعتبر من باب التيسير، ومن جملة ذلك: التوكيل بدعاوى القصاص واستيفائه، حيث يكتفى به دون حضور الوارث شخصيًا، ولهذا فإن قاعدة: رفع الحرج من القواعد التي يجب على القضاة التفقه في فهمها وتطبيقها على الوقائع، والتيسير في إجراءات التقاضي.

ولمّا كانت قاعدة رفع الحرج من القواعد التي يتجلى فيها رعاية الشارع للمكلفين بالتخفيف عنهم والتيسير عليهم، فإنّ القانون اليمني قد نصَّ عليها وجَعَلها إحدى القواعد التي يجب الالتزام بها في تطبيق القانون، وهذا ما نصَّت عليه المادة الثالثة من القانون المدني اليمني بقولها: "الشريعة الإسلامية مبنية على رعاية مصالح الناس ودرء المفاسد عنهم والتيسير في معاملاتهم وعدم تكليفهم بما يشق عليهم ويوقعهم في الضيق والحرج بما يخالف الشريعة الإسلامية".

وقد وضح القانون اليمنى أن القصاص حق للمجني عليه في حياته، ثم ورثته بعد وفاته، ولم يشترط حضور الوارث شخصيًا، بل أجاز التوكيل في ذلك، وهذا ما جاء صريحًا في المادة رقم (٥٠) من قانون الجرائم والعقوبات، التي نصَّت على ذلك بقولها: "القصاص هو حق للمجني عليه في حياته، ثم ورثته الشرعيين بعد وفاته، ويكفي للحكم به طلبه من أحد الورثة أو من يقوم مقامه قانونًا..."، وكلمة: "من يقوم مقامه قانونًا" يدخل فيها: الوكيل، والوصي، وهذا ما جاء صريحًا في المادة الثانية من قانون الإجراءات الجزائيَّة، حيث ذكرت تعريف هذه العبارة، بقولها: "... يقوم مقامه قانونًا: يقصد به الولي، أو الوصي، أو المنصب عن غيره (هكذا ولعلها المنصوب عن غيره) من قبل المحكمة، الذي يكتسب هذه الصفة قانونًا، أو الممثل القانوني للأشخاص الاعتباريين، أو الوكيل، أو النائب"، كما أن القانون المدني اليمني قد نص صراحة في المادة رقم (٩٠٨) على أن: الحدود والقصاص يصح التوكيل في إثباتها واستيفائها، حيث جاء فيها: "... تصح الوكالة في إثبات الحدود والقصاص واستيفائها"، وهذا كله من باب رفع الحرج والتيسير على الناس في معاملاتهم

التطبيق الثالث: حكم صادر من المحكمة العليا بتاريخ ٢٩ جمادى الآخرة سنة ١٣٨٩هـ

موضوعه: حكم تأخير القصاص إلى بلوغ القاصر أو قدوم الغائب

جاء هذا الحكم في موجز له، ومبدأ يشتمل على منطوقه، وذلك على النحو التالي: –

الموجز: "لا يؤخر القصاص إلى بلوغ القاصر، أو قدوم الغائب، وهل يحق لهما المطالبة بالدية أو الأرش؟"

المبدأ: "(أ) إذا ثبت بحكم شرعي أن فلانًا قتل فلانًا عمدًا عدوانًا، وطلب البالغ من ورثة القتيل الاقتصاص من القاتل فلا يلزم تأخيره حتى يبلغ القاصر من الورثة ويقدم الغائب منهم ـ إذا كان فيهم قاصر أو غائب – لقوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾ [1]، والولي هو الأرشد، أما الصغير فلا ولاية له، ولا بأس بأخذ التعهد من المكلف المطالب بتسليم نصيب من لم يبلغ من الورثة إن طلب الدية من باب الاحتياط.

(ب) قررت المحكمة العليا للاستئناف (المحكمة العليا للنقض) أن التزام المقتدر للغائب – من أولياء الدم – حكمه حكم الالتزام عن القاصر من الأولياء في تبرير إجراء القصاص؛ لعدم ظهور الفارق، وهذا بعد تداول الأنظار"[2].

القاعدة المشار إليها في الحكم: هي قاعدة "تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة"

القاعدة التي يتضمن الحكم التعليل بها هي قاعدة: **"تصرف الإمام على**

---

(١) من الآية ٣٣ من سورة الإسراء.

(٢) مجلة البحوث والأحكام القضائية اليمنية، الجمهورية العربية اليمنية، وزارة العدل، المحكمة العليا للنقض والإقرار، المكتب الفني، العدد الأول، السنة الأولى، جمادى الثانية، ١٤٠٠ هـ- إبريل، ١٩٨٠م، ٥٥. وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (١٧) في آخر هذا البحث.

الرعية منوط بالمصلحة"، لأن التصرف المنوط بالمصلحة لا يقتصر على الإمام، بل يدخل فيه نوابه من القضاة، وغيرهم من أصحاب الولايات.

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: هو ما قررته المحكمة العليا بشأن حق الصغير والغائب في الدية من قاتل مورثهم، إذا طلب البالغ من ورثة مؤرثهم القتيل الاقتصاص من القاتل، وهذا القرار مبني على أساس الاحتياط لمصلحة القاصر والغائب، وهذه المصلحة تتمثل في أن للمطالب من ورثة القتيل الاقتصاص من القاتل إذا أراد ذلك وكان في ورثة القتيل قاصر أو غائب، على أن يلتزم ذلك المطالب بتسليم نصيب القاصر والغائب من الورثة من الدية إن طلب أحدهما ذلك، وهذا الالتزام من المطالب بمثابة ضمان للقاصر وللغائب في حفظ حقهما من الدية، إذ قد يرغب أحدهما في الدية دون القصاص، فكان من المناسب الاحتياط بأخذ التعهد من المطالب من الورثة بتسليم نصيب القاصر والغائب من الدية عند الطلب، وبناءً على ذلك لا يلزم تأخير الاقتصاص من القاتل إلى بلوغ من لم يبلغ، ولا إلى قدوم الغائب من ورثة القتيل، إذا طلب البالغ من الورثة الاقتصاص من قاتل مورثهم.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن ما قررته المحكمة العليا فيما يتعلق بالقاصر والغائب في حفظ حقهما من الدية، يتفق مع روح القاعدة المذكورة آنفًا، وهي أن: "**تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة**"، لأن القُصَّر والغائبين بحاجة إلى حفظ حقوقهم، وفي إقرار المحكمة لهذا المبدأ تحقيق لمصالحهم، لأن الإمام ونوابه من: القضاة، والولاة، لابد وأن يكون تصرفهم لمصلحة الرعية، وخصوصًا الضعفاء منهم – كالقصار، والمجانين، والغائبين – فالمحكمة حين قررت حكمها، فإنها تكون قد بنتْهُ على أساس مصلحة القاصر والغائب في حفظ حقهم من الدية، ولذلك فإن هذا المبدأ جاء موافقًا للقاعدة المذكورة، فيلزم العمل به، ونظرًا لأهمية هذه القاعدة في التطبيق السليم للقانون، فإن القانون المدني اليمني قد نص عليها في مادته رقم (١٥) بقولها: "تصرف الدولة منوط بالمصلحة...".

إهدار قانون الجرائم والعقوبات اليمني لحق القاصر والغائب والمجنون في دية مورثهم القتيل.

أهمل القانون اليمني حفظ مصلحة كلّ من: القاصر، والغائب، والمجنون، وذلك حين جعل القصاص نافذًا، إذا طلبه الورثة البالغون الحاضرون، دون انتظار بلوغ القاصر، أو شفاء المجنون، أو حضور الغائب، وهذا ما قررته المادة رقم (٦٢) من قانون الجرائم والعقوبات حيث نصَّت على ذلك بقولها: "إذا طلب الورثة البالغون الحاضرون القصاص ينفذ، ولا ينتظر بلوغ القاصر، أو شفاء المجنون، إذ لا ولاية لهما، ولا ينتظر حضور الغائب الذي خفي مكانه، أما الغائب المعلوم مكانه فتتولى النيابة العامَّة تحديد موعدًا مناسبًا (هكذا، والصواب: تحديد موعدٍ مناسبٍ) تُعلمه به فإذا لم يحضر نفذ القصاص بدون حضوره، ولا حق لهم بعد تنفيذ القصاص في المطالبة بالدية والأرش"، فهذا النَّصّ يلاحظ فيه إهدار حق القاصر، والمجنون، والغائب – الذي خفي مكانه – من استيفاء دية مورثهم القتيل، إذ كيف يعطي القانون الحق للورثة البالغين في المطالبة بالقصاص، ويهمل حق الضعفاء، وهم القصار، والمجانين، والغائبين، حتى من الدية؟

كيفية معالجة ما أهدره قانون الجرائم والعقوبات اليمنى لحق القاصر والغائب والمجنون في دية مورثهم القتيل.

التبرير بأنه لا ولاية للقاصر، والمجنون، وبأن الغائب المنقطعة أخباره قد يخفى مكانه، هي تبريرات لا تصلح لإلغاء مصلحة القصار، والغائبين، والمجانين، لأن المفترض حفظ مصالحهم، ولذلك كان الأولى إلغاء ما ورد في آخر المادة المذكورة: من "أنه لا حق لهم بعد تنفيذ القصاص في المطالبة بالدية والأرش"، وإبدال هذه العبارة بعبارة: "ولهم الحق في المطالبة بالدية والأرش بعد تسليم المطالب من الورثة القصاص – من قاتل مورثهم ــ نصيبهم من الدية"، لأن هذا النَّصّ هو الذي يتفق مع قاعدة: "**تصرف الدولة منوط بالمصلحة**"، فمصلحة القاصر، والمجنون، والغائب، تتحقق بحفظ حقهم حفظًا حقيقيًا، دون إهدار أو انتقاص، وهذا النَّصّ في نظر الباحث أولى ممَّا ذهبت إليه المحكمة العليا في إقرارها لمبدأ نفاذ القصاص دون

انتظار بلوغ القاصر، أو قدوم الغائب، مع أخذ التعهد والالتزام من المطالب من الورثة بالقصاص من قاتل مورثهم بدفع نصيب القاصر أو الغائب منهم إذا طلب أحدهم الدية، ووجه الأولوية: هو أن أخذ التعهد بدفع نصيب القاصر، والغائب، والمجنون، من دية مورثهم من المطالب – العاقل البالغ الحاضر من الورثة – القصاص من القاتل لا يكفي وحده ليقال إن فيه احتياطا لمصلحة القاصر، والغائب، والمجنون، بحفظ حقهم من الدية، إذ قد يطلبون نصيبهم من الدية، بعد البلوغ – إذا كان في الورثة قاصر – أو عند مقدم الغائب – إذا كان في الورثة غائب أو مفقود – أو عند الإفاقة – إذا كان في الورثة مجنون – وقد يحدث حينئذ أن يعجز المتعهد بتسليم نصيبهم من الدية عن التسليم لأي سبب كان، كما أنه من المناسب لمصلحة القاصر، والغائب، والمجنون، من الورثة أن يكون المطالب من الورثة بالقصاص من قاتل مورثهم مالكًا فعلاً لنصيبهم من الدية، بحيث تسلم إلى المحكمة لتدفعه إلى من يثق به للتصرف فيه، بما يعود عليهم بالنفع، لأن هذا هو الذي يحقق القول بأن تصرف المحكمة للقاصرين والغائبين منوط بمصلحتهم.

* * *

التطبيق الرابع: حكم صادر من المحكمة العليا بتاريخ ١٧ جمادى الآخرة سنة ١٣٩٥هـ

موضوعه: زمن تقدير الدية

جاء هذا الحكم في موجز له، ومبدأ يتضمن منطوقه، وذلك على النحو التالي: –

الموجز: "العبرة في تقدير الدية والأرش بوقت دفعهما، لا بوقت وقوع الفعل، أو صدور الحكم"

المبدأ: "المعتبر في تقدير الدية، هو تقديرها وقت الدفع للدية، لا وقت القتل، أو الحكم، وكذا أروش الجراحات"[1].

القاعدة المشار إليها في الحكم: هي قاعدة "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته".

يتضمن الحكم التعليل **بقاعدة: "الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته"**، وقد سبق القول في معناها، ومما جاء في ذلك: أنه إذا اختلف في زمن وقوع الشيء الحادث فإنه ينسب إلى الزمن الأقرب[2].

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: يظهر من خلال ما ورد في الحكم، فقد ورد فيه ثلاثة أزمان لدفع الدية والأروش: زمن القتل والجرح، وزمن الحكم، وزمن الدفع، وقد اختارت المحكمة من هذه الأزمان زمنًا واحدًا، هو زمن الدفع، بحيث يكون هو الزمن المعتبر في تقدير الدية والأروش، ولا عبرة بزمن الجناية، أو بزمن صدور الحكم، وهذا يشير إلى قاعدة: **"الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته"**.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أنه من خلال تطبيق هذه القاعدة على هذا الحكم، يمكن القول: إن دفع الدية، هو الأمر الحادث، وله أزمان ثلاثة: أحدها: قريب، وهو زمن الدفع، والثاني: بعيد، وهو زمن صدور الحكم، والثالث: أبعد، وهو زمن القتل أو الجناية، وحيث إنّ الزمن الأقرب للدية والأروش هو زمن الدفع، فإن هذا الدفع يضاف إلى هذا الزمن، ويكون العبرة بذلك، ولا عبرة بالزمن البعيد، وهو وقت صدور الحكم، ولا بالزمن الأبعد، وهو وقت القتل أو الجرح، وهذا يعدُّ تطبيقًا سليمًا للقاعدة المذكورة، وحيث إنّه قد يحدث خلافٌ بين المتقاضين حول وقت تقدير الدية

---

(١) مجلة البحوث والأحكام القضائية اليمنية، الجمهورية العربية اليمنية، وزارة العدل، المحكمة العليا للنقض والإقرار، المكتب الفني، العدد الأول، السنة الأولى، جمادى الثانية، ١٤٠٠ هـ - إبريل، ١٩٨٠م، ٢٣. وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم(١٨) في آخر هذا البحث.

(٢) درر الحكام، لعلي حيدر، ١/٢٥.

والاروش، فإن الباحث يرى انه يجب – عند صدور الاحكام القضائيه بالديه او الأروش – النصّ في الحكم على أن يكون زمن تقدير الديات والأروش، هو وقت دفعها، وهو المبدأ الذي نص عليه هذا الحكم، لأن تقديرها بالنقود المتداولة يختلف من زمن لآخر، فقد يكون مقدارها بالنقود المتداولة كبيرًا وقت الجناية، ثم يقلّ وقت الدفع، وقد يكون العكس، وهذا بناءً على اختلاف القيمة النقدية للعملات مقابل الذهب، وهذا أمر ملحوظ في القانون اليمني، حيث إنّ مقدار الدية لم يستقر، بل يطرأ عليه التعديل بين فترة وأخرى من حيث تقديرها بالريال اليمني.

التعديلات القانونية في الدية والأرش في القانون اليمني

مقدار الدية ــ حسب العملة اليمنية – لم يستقر عند حد معين، بل يتغير بين فترة وأخرى، حتى استقر تقديرها في الوقت الحالي بخمسة ملايين، وخمسمائة ألف ريال يمني، بالنسبة لدية العمد وشبه العمد، وستمائة ألف ريال يمني لدية الخطأ، والأرش نسبة معينة من الدية بحسب الجناية، بناءً على القانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٦م بتعديل المادة رقم (٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات، حيث نصّت المادة الأولى منه، على أن "تعدل المادة (٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤ م بشأن الجرائم والعقوبات على النحو التالي: "مادة (٤٠) دية العمد وشبه العمد خمسة ملايين وخمسمائة ألف ريال، والأرش نسبة من الدية طبقا لما هو منصوص عليه في القانون، ودية الخطأ مليون وستمائة ألف ريال، والأرش نسبة معينة من الدية بحسب الجناية..."[1].

وقبل ذلك صدر بشأن تعديل الدية القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥م حيث نصّت المادة الأولى منه على أن "تعدل المادة (٤٠) من القرار

---

(١) وبموجب ذلك تم وضع جدولٍ لتحديد الديات والأروش. انظر الوثيقة رقم (٢٧) في أخر هذا البحث.

الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات، لتصبح كما يلي: "الدية الكاملة هي سبعمائة ألف ريال يمني، والأرش نسبة معينة من الدية تقدر تبعًا للجريمة... وتخفض الدية في الخطأ بمقدار الخُمس"(١).

وقبل ذلك صدر قرار وزير العدل رقم (٢٤٠) الصادر بتاريخ ١٨ من ديسمبر، لسنة ١٩٧٩م جاء في الفقرة الأولى، من المادة الثانية منه: أن "تقدر قيمة الدية في القتل العمد وشبهه بمبلغ (١٢٠٠٠٠) مائة وعشرين ألف ريال وبمبلغ (٩٦٠٠٠) ستة وتسعين ألف ريال في القتل الخطأ"(٢).

إهدار التعديلات لوقت دفع الدية

إن التعديلات التي طرأت على مقدار الدية والأروش – خصوصًا القرار الجمهوري بالقانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٦م والقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥م القاضي بتعديل المادة رقم (٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م، بشأن الجرائم والعقوبات، وقرار وزير العدل السالف ذكره – فكل هذه القرارات قد أهملت وقت دفع الديات والأروش، وكان الأولى الإبقاء على ما كانت تنص عليه المادة رقم (٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م، بشأن الجرائم والعقوبات، بشأن مقدار الدية والأرش، من أن "الدية الكاملة ألف مثقال من الذهب الخالص تعادل خمسمائة جنيه من الذهب أبو ولد أو ما يعادل ذلك من العملة الورقية بالسعر القائم وقت التنفيذ، والأرش نسبة معينة من الدية تقدر تبعًا للجريمة.... وتخفض الدية في الخطأ بمقدار الخمس"، فهذا النصّ اشتمل على تحديد مقدار الدية والأرش بالذهب، أو ما يعادله من العملة الورقية، وفي هذا التحديد

---

(١) وبموجب ذلك قامت الإدارة العامّة للمحاكم بوزارة العدل بالجمهورية اليمنية بوضع جدول لتحديد الديات والأروش. انظر الوثيقة رقم (٢٦) في أخر هذا البحث.

(٢) مجلة البحوث والأحكام القضائية اليمنية، الجمهورية العربية اليمنية، وزارة العدل، المحكمة العليا للنقض والإقرار، المكتب الفني، العدد الأول، السنة الأولى، جمادى الثانية، ١٤٠٠ هـ- إبريل، ١٩٨٠م، ٢٣.

الوضوح الكامل، لأن معادلة الذهب بالعملة الورقية أمر ميسور، كما أن هذا النصّ قد ذكَر زمنًا معتبرًا لمقدار الدية والأرش، وهذا الزمن - حسب النّصّ القانوني - هو "وقت التنفيذ"، وهذا الزمن لم يكن معتبرًا في التعديلات، لذلك فالأولى الإبقاء على هذا النص، لكفايته في تحديد مقدار الدية، وتحديد زمن تقديرها بزمن التنفيذ، أي عند زمن دفع الدية والأرش.

* * *

التطبيق الخامس: حكم صادر من المحكمة العليا بتاريخ ١٧ جمادى الآخرة سنة ١٣٩٥هـ

موضوعه: القصاص من الأصل بالفرع.

جاء هذا الحكم في موجز له، ومبدأ يشتمل على منطوقه، وذلك على النحو التالي:

الموجز: "لا قصاص في اعتداء الوالد على ولده فحسب - وإن نزل - بالقتل وما دونه".

المبدأ: "تقرر بعد المذاكرة في القصاص بين الأصل وفرعه، وما هو مقرر للمذهب من أنه لا يقتص أصل بفرع أنه مقصور (هكذا) على الاقتصاص بالوالد عن ولده ما تنازل، أما أن الولد لا يقتَصّ من أبيه إطلاقًا - كما إذا قتل الأب زوجة ابنه، ونحو ذلك - فلا، إذ نص الحديث: **لا يقاد والد بولده**[1] لا تتجاوز دلالته ما ذكرنا[2].

---

(١) هذا إشارة إلى قول الرسول ﷺ: «لا يُقَادُ الْوَالِدُ بِالْوَلَدِ». وقد سبق تخريجه ص٢٩٦، ٢٩٧ من هذا البحث.

(٢) مجلة البحوث والأحكام القضائية، الجمهورية العربية اليمنية، وزارة العدل، المحكمة العليا للنقض والإقرار، المكتب الفني، العدد الأول، السنة الأولى، جمادى الثانية، ١٤٠٠ هـ - إبريل، ١٩٨٠، ٥٧. وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (١٩) في آخر هذا البحث.

القاعدة المصرح بها في الحكم: هي قاعدة "مفهوم الموافقة".

ووجه الاستدلال بالقاعدة: هو أن المحكمة العليا استشهدت بهذه القاعدة، من حيث فهم منطوق الحديث: "**لا يقاد والد بولده**"، وأن دلالته تقتصر على عدم الاقتصاص من الأصل بفرعه ما تنازل، وأنه لا يفهم من منطوقه أن الولد لا يقتص من أبيه إطلاقًا – كما إذا قتل الأب زوجة ابنه، ونحو ذلك – كما هو الظاهر من المراد في هذه الواقعة.

وأما ما جاء في الحكم من: "أنه لا يقتص أصل بفرع أنه مقصور (هكذا) على الاقتصاص بالوالد عن ولده ما تنازل"، فقد فسّر المراد "بما تنازل"، بأن معناه: "مهما نزلت درجته"(١).

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن التطبيق جاء سليمًا؛ لأن المحكمة العليا أفادت من قاعدة مفهوم الموافقة في تسبيب حكمها وفهمها للحديث المذكور على أساس هذه القاعدة، وقد كان هذا الحديث هو مستند حكم المحكمة العليا.

* * *

التطبيق السادس: حكم صادر من المحكمة العليا بتاريخ ١٥ رجب سنة ١٣٩٨ هـ

موضوعه: عقوبة وضع السُم من الجاني بقصد القتل دون قيامه بنفسه بمناولته للمجني عليه.

جاء هذا الحكم في موجز له، ومبدأ تضمن منطوقه، وذلك على النحو التالي:ـ

---

(١) مجلة البحوث والأحكام القضائية، الجمهورية العربية اليمنية، وزارة العدل، المحكمة العليا للنقض والإقرار، المكتب الفني، العدد الأول، السنة الأولى، جمادى الثانية، ١٤٠٠هـ- إبريل ١٩٨٠م، ٥٧.

الموجز: "لا يشترط للقصاص في القتل بالسم تناوله من يد الجاني، بل يكفي وضعه في الطعام أو الشراب مع قصد القتل".

المبدأ: "قد عُقد الاجتماع في حادث وضع السُم في الطعام أو الشراب مع قصد القتل بالاعتراف به، فقررنا أنه لا يشترط في استحقاق القصاص تناول السُم من يد الواضع، لظاهر حديث بشر بن البراء[1]، في قصة اليهودية[2]،

---

(١) هو بشر بن البراء بن معرور الأنصاري الخزرجي، من بني سلمة، (بكسر اللام)، قال ابن إسحاق: شهد بشر بن البراء العقبة، وبدرًا، وأحدًا، والخندق، ومات بخيبر في حين افتتاحها سنة سبع من الهجرة، مع أكلة أكلها مع رسول الله –صلى الله عليه وآله وسلم – من الشاة التي سُمّ فيها، قيل: إنه لم يبرح من مكانه حين أكل منها حتى مات، وقيل بل لزمه وجعُه ذلك سنة، ثم مات منه، وكان من الرماة المذكورين من الصحابة. انظر في ترجمته: [الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر القرطبي، (ت٤٦٣هـ) تحقيق وتعليق: علي محمد معوّض، وعادل أحمد عبد الموجود، تقديم: أ.د. محمد عبد المنعم البري، ود.جمعة طاهر النجار، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط١، ١٤١٥هـ – ١٩٩٥م، ٢٤٨/١؛ أسد الغابة في معرفة الصحابة، لعز الدين بن الأثير أبي الحسن علي بن محمد الجزري، (ت٦٣٠هـ)، كتاب الشعب، ٢١٨/١؛ الإصابة في تمييز الصحابة، ٢٩٤/١ –٢٩٥؛ سير أعلام النبلاء، ٢٦٩/١].

(٢) الحديث أخرجه أبو داود، (٣٤) كتاب الديات (٦) باب فيمن سقى رجل سمًا أو أطعمه فمات، أيقاد به؟، حديث رقم (٤٥١١)، ١٩٣٣/٤. عَنْ أَبِي سَلَمَةَ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَهْدَتْ لَهُ يَهُودِيَّةٌ بِخَيْبَرَ شَاةً مَصْلِيَّةً نَحْوَ حَدِيثِ جَابِرٍ. قَالَ: فَمَاتَ بِشْرُ بن الْبَرَاءِ بن مَعْرُورٍ الأَنْصَارِيُّ، فَأَرْسَلَ إِلَى الْيَهُودِيَّةِ: «**مَا حَمَلَكِ عَلَى الَّذِي صَنَعْتِ؟**» فَذَكَرَ نَحْوَ حَدِيثِ جَابِرٍ، فَأَمَرَ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقُتِلَتْ، وَلَمْ يَذْكُرْ أَمْرَ الْحِجَامَةِ، حديث رقم (٤٥١١) ١٩٣٢/٤، وحديث جابر، رواه أبو داود، في نفس الكتاب، وفي نفس الباب، حديث رقم (٤٥١٠) ١٩٣٢/٤، عَنْ ابْنِ شِهَابٍ قَالَ: كَانَ جَابِرُ بن عَبْدِ اللَّهِ يُحَدِّثُ: أَنَّ يَهُودِيَّةً مِنْ أَهْلِ خَيْبَرَ سَمَّتْ شَاةً مَصْلِيَّةً، ثُمَّ أَهْدَتْهَا لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ، فَأَخَذَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ الذِّرَاعَ فَأَكَلَ مِنْهَا وَأَكَلَ رَهْطٌ مِنْ أَصْحَابِهِ مَعَهُ، ثُمَّ قَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «**ارْفَعُوا أَيْدِيَكُمْ**» وَأَرْسَلَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ إِلَى الْيَهُودِيَّةِ فَدَعَاهَا، فَقَالَ لَهَا: «**أَسَمَمْتِ هَذِهِ الشَّاةَ؟**» قَالَتْ الْيَهُودِيَّةُ: مَنْ أَخْبَرَكَ؟ قَالَ: «**أَخْبَرَتْنِي هَذِهِ فِي يَدِي**» لِلذِّرَاعِ. قَالَتْ: نَعَمْ. قَالَ: «**فَمَا أَرَدْتِ إِلَى ذَلِكَ؟**» قَالَتْ: قُلْتُ: إِنْ كَانَ نَبِيًّا فَلَنْ يَضُرَّهُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ نَبِيًّا اسْتَرَحْنَا مِنْهُ. فَعَفَا

وقتلها"(1).

القاعدة المشار إليها في الحكم: هي قاعدة "الأمور بمقاصدها"

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: يظهر من خلال الإشارة إليها بقوة في الحكم من خلال تعليل المحكمة قرارها عدم اشتراط تناول السُم من يد واضعه بقصد القتل لاستحقاقه القصاص، حيث علّلت استحقاق القصاص بأن وضع السُم في الطعام أو الشراب – مع قصد واضعه قتل غيره – يكفي لاستحقاق القصاص من الواضع، وبنت المحكمة حكمها هذا على أساس اعتراف واضع السُم بقصده قتل غيره وهو الموضوع له السُم، أي أن التعليل بالقاعدة ظاهر، من خلال ما قررته المحكمة من القصاص من واضع السُم لغيره بقصد قتله.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن التطبيق للقاعدة سليم، لأن نية إزهاق الروح في القتل يكفي أن تعبّر عن نفسها بالسعي لإماتة الضحية، وتوجب تبعًا لذلك توقيع عقوبة القتل العمد على الجاني(2)، ومن المعلوم أن الحكمة المتوخاة من عقوبة القصاص في القتل العمد تتمثل في حماية أفراد الأمة من الاعتداء عليها، وفي هذه الواقعة تتجلى النيّة السيئة للجاني بوضوح، وذلك من خلال وضعه السُم للمجني عليه، ولو لم يقم

عَنْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَلَمْ يُعَاقِبْهَا، وَتُوُفِّيَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ الَّذِينَ أَكَلُوا مِنَ الشَّاةِ، وَاحْتَجَمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى كَاهِلِهِ مِنْ أَجْلِ الَّذِي أَكَلَ مِنَ الشَّاةِ، حَجَمَهُ أَبُو هِنْدٍ بِالْقَرْنِ وَالشَّفْرَةِ وَهُوَ مَوْلًى لِبَنِي بَيَاضَةَ مِنَ الأَنْصَارِ. وأخرجه الحاكم في المستدرك، في كتاب معرفة الصحابة، باب حكاية يهودية سمت النبي ﷺ ٣/٢١٩ ــ٢٢٠؛ وصححه الحاكم عن أبي هريرة، وقال: "صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه". ٣/٢٢٠.

(1) مجلة البحوث والأحكام القضائية اليمنية، الجمهورية العربية اليمنية، وزارة العدل، المحكمة العليا للنقض والإقرار، المكتب الفني، العدد الأول، السنة الأولى، جمادى الثانية، ١٤٠٠ هـ– إبريل ١٩٨٠م، ٥٣. وانظر في هذا الحكم الوثيقة رقم (٢٠) من آخر هذا البحث.

(2) المسئولية الجزائية، د. حسن علي مجلي، ١٢٨.

الجاني بنفسه بتقديمه للمجني عليه، فوضع السم بقصد القتل دليل على قصد الإضرار بالمجني عليه، وذلك بقتله، ووقوع هذا الضرر دليل على النيَّة السيئة للجاني، والتي عبّرت عن نفسها بسلوكه المتمثل في وضع مادة قاتلة للمجني عليه، وهي السمّ، ولذلك فإن مسئولية الجاني قد قامت بالتصرف الظاهري وهو وضع السُم المقترن بالنيَّة – وهي قصد القتل – ومن ثَم فإن مساءلته قد تمت بناءً على نتيجة سلوكه وهو إحداث الوفاة، باعتبار أن إحداث الوفاة هو الأمر المتيقن[1].

والقصد الجنائي في القانون اليمني يتوافر إذا ارتكب الجاني الفعل بإرادته وعمله بنية إحداث نتيجة الفعل، وهذا ما نصَّت عليه المادة التاسعة، من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م، بشأن الجرائم والعقوبات بقولها: "يتوافر القصد إذا ارتكب الجاني الفعل بإرادته وعلمه وبنية إحداث النتيجة المعاقب عليها..."، أي أن القصد الجنائي في القانون اليمني يتحقق بسلوك الجاني[2].

كما أن القصد الجنائي في القضاء اليمني – أيضًا – يتعلق بسلوك الجاني، كما في الحكم في هذا الواقعة[3]، التي قضت المحكمة فيها على الجاني باستحقاقه القصاص، بناءً على سلوكه الظاهر، وهو وضع السُم بقصد القتل.

وبناء عليه؛ فإن كلاً من القانون اليمني والقضاء اليمني – وإعمالاً للقواعد الشرعيَّة كقاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" – يعتبر القصد الجنائي متوافرًا "إذا انصرفت إرادة الجاني إلى النتيجة (الوفاة) كهدف مباشر له، أو اتجهت إرادته إلى السلوك الإجرامي، مع علمه اليقيني بأن من شأن ذلك إزهاق روح المجني عليه"[4].

ومن خلال ذلك يتبين أهمية قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**" في كشف ملابسات

---

(١) المسئولية الجزائيَّة، د. حسن علي مجلي ، ١٣٢.
(٢) السابق، ١٣٤.
(٣) السابق، نفس الصفحة.
(٤) السابق، ١٣٥.

الجرائم للوصول إلى حكم عادل، لذلك فإن القانون اليمني قد جعل هذه القاعدة إحدى القواعد الأصولية والفقهية التي تعتبر دستورًا يتفقه القاضي من خلالها في فهم الوقائع المنظورة أمامه، حيث نصَّت المادة السادسة، من القانون المدني اليمني على هذه القاعدة، بقولها: "**الأمور بمقاصدها**"، لذلك فإنه لا غنًى للقاضي عن التفقه بها في الوقائع.

* * *

التطبيق السابع: حكم صادر في جلسة ٤ من ربيع الآخر لسنة ١٤٢٠ هـ - الموافق ١٧/٧/١٩٩٩م، (جزائي)[1]

موضوعه: لواط، وحرابة، وقتل عمد.

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي:ـ

الموجز: "١ - الجلد مائة جلدة حدًا لجريمة اللواط قبل تنفيذ الإعدام. ٢ - الإعدام حدًا للحرابة وقصاصًا ـ استيفاء الورثة لحقهم بعد الجلد - حكمه. ٣ - الصلب ثلاثة أيام بعد الإعدام. - الاستئناف الفرعي من المستأنف ضده يساوي الاستئناف الأصلي... حكمه".

الحكم: "لكل ما ذكرنا، وجدنا الحكم الاستئنافي القاضي بجلد المدعي عليهما... مائة جلدة على كل منهما لارتكابهما جريمة اللواط، ثم بإعدامها حدًا وقصاصًا، وصلبهما مدة ثلاثة أيام، موافقًا، لما استند إليه من الاعتراف من المدعى عليهما المشهود عليه، (أي الاعتراف) بشهادة كلٍ من... و... المعدلة، لما استند إليه وعُلّل به، وهو ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية الغرّاء، أما ما جاء في مذكرة نيابة النقض من أن الاستئناف كان من المتهمين، وأن القانون قد نص على أن المستأنف لا يضار باستئنافه، فمردود عليه بأن النيابة العامَّة، ووالد المجني عليه، قد قدّما استئنافا فرعيًا،

(١) طعن رقم (١٦٤)، لسنة ١٤٢٠ هـ، جزائي

وطلبا تغيير القيد والوصف للجريمة، بإضافة جريمة الحرابة، ثم طلبت النيابة الحكم بجلد المدعى عليهما عقوبة لهما على جريمة اللواط، والمحكمة الاستئنافية محكمة موضوع، وبذلك فإن الحكم الاستئنافي عندما قضى بعقوبة الجلد، وصلب المدعى عليه الثاني، لم يخرج عن حدود الاختصاص المقرر للمحكمة، ولم يخرج عن نصوص القانون فيما قضى به.

لذلك فالدائرة تقرر: (١) قبول الطعن شكلاً. (٢) وفي الموضوع: بتأييد الحكم الاستئنافي بجميع فقراته، وبالنسبة لما قضى به الحكم بأن على المدعى عليه الأول تسليم مسدس... فلعدم سبق الدعوى منه فيخلى وسكوته، على أن يحفظ المسدس لدى النيابة العامّة، والله ولي الهداية والتوفيق"(١).

القاعدة المشار إليها في الحكم: هي قاعدة "اليقين لا يزول بالشك".

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: يظهر في الحكم بما دل عليه منطوقه، حيث إنَّ المحكمة العليا وافقت المحكمة الاستئنافية فيما قضت به، بناءً على أن الحكم الاستئنافي مستند إلى يقين، وهو اعتراف المدعى عليهما، إضافة إلى أن هذا الاعتراف مشهود عليه.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن التطبيق سليم وواضح، لقناعة المحكمتين: الاستئنافية، والعليا، بحصول اعتراف المحكوم عليهما بما نسب إليهما.

بعض القواعد التي يمكن الإفادة منها في توجيه الحكم

من القواعد التي يترتب على فهمها تنفيذ الحكم تنفيذاً صحيحًا: قاعدة

---

(١) انظر في هذا الموجز والحكم: القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، جمع وإعداد: المكتب الفني، المحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الأول: جزائي ــ مدني، ٥٨، مجموعة المبادئ والقواعد الجزائيّة، رقم (٥)]. وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (٢١) في آخر هذا البحث.

"مفهوم المخالفة"، حيث يترتب على فهمها التطبيق السليم لمنطوق الحكم، فإذا كانت قاعدة مفهوم المخالفة تعني أنّ الحكم إذا قيد بقيد فإنه يدل على وجوب الحكم عند وجود القيد وعلى انتفاء الحكم عند انتفاء القيد، وحيث إنّ الحكم في هذه الواقعة مقيد بعدد، ومقيد بزمن، فإنه يظهر أثر هذين القيدين في تنفيذ الحكم تنفيذًا سليمًا، وفيما يلي توضيح لذلك: –

١ – أثر قاعدة: مفهوم المخالفة بالعدد في تنفيذ الحكم تنفيذًا صحيحًا

أ – نص الحكم على جلد المدعى عليهما – كلّ منهما – "مائة جلدة"، فالحكم مقيد بهذا العدد، وهذا ما يدل عليه مفهوم الموافقة، أما مفهوم المخالفة: فهو أنه لا يجوز الزيادة عن مائة جلدة لكل من المدعى عليهما ولا النقصان عنها، وهذا يجب مراعاته عند التنفيذ.

ب – نص الحكم على صلب كلّ واحد من المدعى عليهما "مدة ثلاثة أيام"، فالحكم مقيد بهذا العدد، وهو الثلاثة أيام، وهو ما يدل عليه مفهوم الموافقة، أما مفهوم المخالفة: فهو أنه لا يجوز الزيادة ولا النقصان عن "الثلاثة أيام"، وهذا أيضًا يجب مراعاته عند التنفيذ.

٢ – أثر قاعدة مفهوم المخالفة بالزمان في تنفيذ الحكم تنفيذًا صحيحًا

نص الحكم على: "جلد المدعى عليهما... ثم بإعدامها... وصلبهما مدة ثلاثة أيام"، فالحكم مقيّد بأن يكون الإعدام بعد الجلد، وبأن يكون الصلب بعد الإعدام، وهذا مقتضى مفهوم الموافقة، أما مفهوم المخالفة فيقتضي أن الجلد لا يكون بعد الإعدام، وأن الصلب لا يكون قبله، وهذا يجب مراعاته عند التنفيذ.

* * *

التطبيق الثامن: حكم صادر بجلسة ١٥ رجب سنة ١٤٢٠هـ – الموافق ٢٤/١٠/١٩٩٩م (جزائي)[1]

موضوعه: القتل دفاعًا شرعيًا

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي:ـ

الموجز: "الدفاع بالخطأ أو الدفاع الشرعي ملزم بإثباته"[2] (هكذا).

الحكم: "بمطالعة الأوراق المشمولة بملف القضية بما في ذلك الحكم الابتدائي والحكم الاستئنافي، وعريضة الطعن بالنقض والرد عليها، وكذا مذكرة نيابة النقض، كما تم الرجوع إلى محاضر جمع الاستدلالات وتحقيقات النيابة العامَّة وإلى محاضر جلسات المحاكمة بجميع مراحلها، وحيث يثير الطاعنون أن الحكم الاستئنافي قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وتأويله حينما قضى بإلغاء حكم القصاص على المطعون ضدها وقضى بالدية بدون سند من الكتاب أو السنة ولا من قانون نافذ.

وبالرجوع إلى حيثيات الحكم الاستئنافي – المطعون فيه – أنه جاء في استئناف المتهمة المرفوع بواسطة محاميها... النعي على بطلان قرار الاتهام، كون إقرار المتهمة إنما كان بإطلاق النار خطأ لا عمدًا، وإلى الأرض لا إلى شخص معين، وطلب محامي المتهمة تعديل قرار الاتهام، وتعديل حكم محكمة أول درجة إلى الدية، لأن المتهمة أقرت بإطلاق العيارين الناريين خطأ على كلٍّ من... و... دون توافر القصد الجنائي للقتل، ودفاع (هكذا والصواب ودفاعًا) عن نفسها وبيتها وأولادها.

---

(١) طعن رقم (١٢٩)، لسنة ١٤١٩ هـ، جزائي.

(٢) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادر عن المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الأول: جزائي – مدني، ١١٧، مجموعة المبادئ والقواعد الجزائيَّة، رقم (٢٧).

وتقول الحيثيات: إنه بالرجوع إلى تلك الإقرارات نجـدها متطابقـة بـأن المتهمة قد أطلقت عيارين ناريين قصد التخويف، نافية قصد القتل عمدًا عدوانًا، غير أنّ العيارين قد أصابا حيّ القتيل، والمجني عليها (المراد بحي القتيل: المجني عليـه المقتول قبل موته وفي أثناء المشاجرة)... وأن ذلك كان ليلاً وقت العشاء، والظـاهر من تقرير المعاينة المؤرخ... أن حي القتيل والمجني عليها... قد وصلا إلـى بـاب منزل المتهمة، وأنّ القتيل وجد على بعد ثلاثة أمتار من منـزل المتهمـة، كمـا أن شهادة... في محاضر التحري تؤكد وجود حذاء المدعوة (المراد بها المجنـي عليهـا من قبل المتهمة) داخل منزل المتهمة، وكذا وجود أحجار داخل منزل المتهمة، وكـذا ما ورد في أقوال... في محاضر الاستدلال مشاهدته المجني عليها... وحـي القتيـل بالقرب من منزل المتهمة... حيث كانت... نازلة باتّجاه المدعوة... وحيّ القتيـل – يروها ساعة حدوث الفتنة الأخيرة– وسماعه إطلاق النار (أي أن الشاهد قـال فـي محاضر الاستدلال: إنه شاهد المصابة المجني عليها والقتيل المجني عليه قبل موتـه بالقرب من منزل المتهمة).

كل هذه القرائن تؤيد ما جاء في أقوال المتهمة... غير أنها لا تكفي للحكـم ببراءة المتهمة... بما نسب إليها وإهدار دم القتيل والمجني عليهـا... لثبـوت حالـة الدفاع الشرعي، ولكنها تفيد قيام حالة تعدٍّ من حي القتيل والمجني عليها بالمجيء ليلاً لقصد الفتنة، واحتمال قيام حالة الدفاع لوجود عداوة وفتنة سـابقة، الأمـر الـذي لا يستقيم معه الحكم بالقصاص، ولكن ذلك يكفي للحكم بتسليم الدية الـشرعيّة المقـررة للقتل العمد، وأرش المجني عليها، وتعزير المتهمة، الأمر الذي يعني أن محكمة أول درجة قد جانبت الصواب حين حكمت بالقصاص من المتهمة... مع عـدم صـراحة الإقرار من المتهمة بالقتل عمدًا وعدوانًا، وعدم الأخذ بما جاء في القـرائن الـسالف الإشارة إليها... الخ.

وعليه فيتبيّن من استعراض حيثيات الحكم الاستئنافي أن المطعون ضـدها لم تقدم أي جديد أمام محكمة الاستئناف – سواء دعوى إطلاق النار خطـأ أو دفاعـا عن نفسها وبيتها وأولادها – وكان الأجدر بالمحكمة أن تلزم المستأنفة بإثبـات مـا

تدعيه من وقوع إطلاق النار عن طريق الخطأ، وكذا إثبات الضرورة الملجئة لقيام الدفاع الشرعي، لأن الثابت من حيثيات المحكمة أن القتيل كان على بعد ثلاثة أمتار من منزل المتهمة... وبهذا لا يستقيم معه القول بوجود خطر محدق بالمتهمة يجعلها تطلق النار، لذلك فإن ما أثاره الطاعن على الحكم الاستئنافي لمخالفته للقانون... الخ بما لا سند له بالكتاب والسنة والقانون، فإن ذلك الاعتراض في محله، لأن تعديل الحكم من القصاص إلى الدية قد بني على القرائن التي تؤيد ما جاء في أقوال المتهمة... فهو استدلال في غير محله، فأقوال المتهمة إنما هي حجة عليها لا حجة لها.

ولمّا كان الثابت من محاضر الجلسات في مرحلتي التقاضي أمام محكمتي الموضوع أن المحكمتين قد منحتا الوقت الكافي للمتهمة لإثبات ما تدعيه من قيام حالة الدفاع الشرعي، غير أنها عجزت عن ذلك...

ولمّا كان من المقرر أن قصد القتل أمر خفي لا يدرك بالحواس الظاهرة وإنما يدرك بالظروف والأداة المستخدمة في الجريمة، ولمّا كان المسدس قاتلاً بطبيعته فإنه من غير المقبول في هذه الواقعة القول بوقوع القتل عن طريق الخطأ، كما أن حالة الدفاع الشرعي غير متحققة، لذلك فإن عدول محكمة الاستئناف من القصاص إلى الدية، يكون بدون سند قانوني، وهو ما يتعين نقض الحكم، عملاً بنص المادة (٤٤٣ أ ج)[١] التي تخول المحكمة العليا – إذا قبل الطعن وكان مؤسسًا على أن الحكم المطعون فيه بني على مخالفة القانون أو على خطأ في تطبيقه – أن تصحح المحكمة الخطأ وتحكم بمقتضى القانون، وحيث إنّ ما استنتجه الحكم الاستئنافي لا

---

(١) جاء في نص هذه المادة من قانون الإجراءات الجزائيّة الصادر بالقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٣)، لسنة ١٩٩٤م، بشأن الإجراءات الجزائيّة: "... إذا قُبل الطعن وكان مؤسسًا على أن الحكم المطعون فيه بني على مخالفة لقانون (هكذا) أو على خطأ في تطبيقه، تصحّح المحكمة الخطأ، وتحكم بمقتضى القانون...".

يتفق مع المنطق السليم، لأن القرائن التي اعتبرتها محكمة الاستئناف سببًا للعدول عن حكم القصاص لا ترقى إلى درجة القول بوجود حالة الدفاع الشرعي، فوجود القتيل على مسافة ثلاثة أمتار من منزل المتهمة وإصابته بطلقة نارية من الخلف تنفي حالة الدفاع الشرعي، ولا تصلح قرينة لصالح المتهمة، كما أن العثور على حذاء المدعوة... داخل منزل المتهمة أو وجود أحجار لا تصلح قرائن لقيام حالة الدفاع الشرعي.

... ولمّا كان الثابت من الأوراق أن النيابة العامّة وكذا المدعي بالحق الشخصي قد اتهما... أمام المحكمة الجزائيّة الابتدائية بصنعاء، بأنها في تاريخ... قتلت عمدًا وعدوانا مسلمًا معصوم الدم وهو المجني عليه... بأن أطلقت عليه عيارًا ناريًا من سلاح مسدس... إلخ، وطلبا الحكم وفقًا للقانون، كما طلب أولياء الدم القصاص إلخ، وحيث إنّ المتهمة قد اعترفت في جلسات متكررة أنها أطلقت النار وأصابت المجني عليه القتيل... إلخ، وادعت أن ذلك دفاعًا عن نفسها وأولادها، كما ادعت أن إطلاق النار كان عن طريق الخطأ، ولمّا كانت محكمة الموضوع قد أتاحت الفرصة للمتهمة لإثبات كلّ من الدعويين التي ادعتهما حتى مع عدم استقامتها عقليًا وواقعيًا، إلاّ أن الثابت من الأوراق أن المتهمة ومحاميها قد عجزا عن إثبات دعوى الدفاع الشرعيّ، أو دعوى الخطأ، لأن الثابت فقها وقضاءً أن من يدعي الخطأ أو الدفاع الشرعي هو الملزم بالإثبات، ولجميع ما ذكر من الأسباب، ولمقتضيات العدالة، فإنه بعد إعمال النظر والمداولة المستفيضة وإعمالاً لنص المادة (٤٤٣ أج)، فإن الدائرة تقرر الآتي: (١) قبول الطعن شكلاً.

وفي الموضوع: (٢) نقض الحكم الاستئنافي. (٣) إعادة الأوراق إلى محكمة استئناف صنعاء للفصل فيها مجددًا من قبل الشعبة الجزائيّة وبتشكيل جديد، والله ولي الهداية والتوفيق"[١].

---

(١) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الأول: مدني -جزائي، ١١٨-١٢٤، تحت رقم (٢٧). وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (٢٢) في آخر هذا البحث.

اختلفت في هذه الواقعة أنظار المحاكم بجميع درجاتها؛ الابتدائية، والاستئنافية، والمحكمة العليا، وذلك للاختلاف في النظر إلى وقائع القضية، فالمحكمة الابتدائية قضت بالقصاص من المتهمة لقتلها المجني عليه، وبالأرش لاعتدائها على المجني عليها بإصابتها، وبنت حكمها هذا على أساس أن القتل والجناية كانا عمدًا، بينما قضت المحكمة الاستئنافية بنقض حكم المحكمة الابتدائية القاضي بالقصاص من المتهمة، وقضت بإلزامها بتسليم الدية الشرعيّة المقررة للقتل العمد وأرش المجني عليها، وتعزير المتهمة، وبنت حكمها هذا على أساس قيام اعتداء من قبل كلّ من: المجني عليه المقتول، والمجني عليها المصابة، على المتهمة وأولادها، وأن المتهمة قامت بالقتل والجناية دفاعًا شرعيًا وليس عمدًا وعدوانًا، ولكنها تجاوزت الدفاع الشرعي، بقتل المجني عليه، وإصابة المجني عليها، فاستحقت بذلك عقوبة الدية العمدية للقتل، والأرش لإصابة المجني عليها، مع تعزيرها. أما المحكمة العليا فقد نقضت الحكم الاستئنافي، ورأت أن عدول محكمة الاستئناف عن الحكم بالقصاص إلى الدية كان بدون سند قانوني، وبنت حكمها هذا على أساس أنه لم يثبت أنّ ما قامت به المتهمة من قتل للمجني عليه، وإصابة المجني عليها، كانا دفاعًا شرعيًا، وأنه كان اللازم على المحكمة الاستئنافية إلزام المتهمة بإثبات الدفاع الشرعي، والخطأ الذي تدعيه، ولذلك أرجعت المحكمة العليا القضية إلى المحكمة الاستئنافية للفصل فيها مجددًا، والأخذ بتوجيهها، وهو إلزام المتهمة بإثبات دعوى الخطأ والدفاع الشرعي، ومن خلال هذا كله، ومن خلال منطوق الحكم، يظهر الإشارة إلى القواعد التالية: -

القاعدة الأولى: "الأصل براءة الذمة"

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: هو أنه قد ورد الاستشهاد بها، من خلال الإشارة إليها في المواضع التالية: -

الموضع الأول: في الطعن المرفوع من محامي المتهمة نيابة عنها، أمام المحكمة

الاستئنافية، حول الحكم الابتدائي الذي قضى بالقصاص من المتهمة، وطلب تعديله إلى الدية، متمسكًا ببراءة موكلته ممًّا نسب إليها من القتل العمد، وأنها حين قامت بالقتل إنما قامت به دفاعًا شرعيًّا عن نفسها وبيتها وأولادها، وأن القتل كان خطأ.

الموضع الثاني: في حيثيات المحكمة الاستئنافية التي قررت أن المتهمة بريئة من القتل العمد والعدوان، وهذا ما جاء صريحًا في قولها عن إقرارات المتهمة: إنه "بالرجوع إلى تلك الإقرارات نجدها متطابقة بأن المتهمة قد أطلقت عيارين ناريين قصد التخويف نافية قصد القتل عمدًا وعدوانًا..."، وفي قولها: "إن محكمة أول درجة قد جانبت الصواب حين حكمت بالقصاص من المتهمة... مع عدم صراحة الإقرار من المتهمة بالقتل عمدًا وعدوانا..."

الموضع الثالث: في حكم المحكمة العليا، حيث إنَّها – من منطلق البراءة الأصلية – لم تلغ هذا الأصل في حق القتيل حين قررت إرجاع القضية لإثبات الدفاع الشرعي أو الخطأ، وكلٌّ منهما تدعيه المتهمة.

أي أن المحكمة العليا تريد أن تقول: إن المتهمة قد أقرت بالقتل، والمقتول شخص بريء، وذمته بريئة – بحسب الأصل – من الصيال على المتهمة ونفسها وأولادها، ولذلك يلزم التمسك بهذا الأصل، وعلى من يدعي خلافه إثباته، والذي يدعي خلاف هذا الأصل هي المتهمة، لذلك يقع عليها إثبات الصيال الذي اقتضى قيامها بالدفاع الشرعي.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث في التطبيق الأمور التالية:ـ

١ – بالنسبة لطلب المدعية – بواسطة محاميها – براءتها: فإنه ادعاء لا يتفق مع قاعدة: "**الأصل براءة الذمة**"، لأن المتهمة أقرت بإطلاق عيارين ناريين: أحدهما: قتل المجني عليه، والثاني: أصاب المجني عليها، وبناءً على ذلك فإن ذمتها لم تعد بريئة من القتل والجناية، كما أن ادعاءها أن القتل والجناية – كان دفاعًا شرعيًّا وخطأ – لا يتفق مع القاعدة؛ لأن الأصل براءة ذمة القتيل من استحقاقه القتل، وبراءة ذمة

المجني عليها من استحقاقها الإصابة، والمتهمة لم تثبت شغل ذمتهما بما يوجب الجناية عليهما، فكان الأصل براءة ذمتهما من دعوى الصيال الذي تدعيه المتهمة من قبلهما، ولم تستطع إثبات تلك الدعوى.

٢ – بالنسبة لمحكمة الاستئناف: فإن قرارها مخالف لمقتضى القاعدة؛ ذلك أنها قررت أن كل ما ورد في أوراق القضية، والطعن، والمحاضر لا يكفي لإهدار دم القتيل، والاعتداء على المجني عليها، ولا يكفي للحكم ببراءة المتهمة ممّا نسب إليها، ولكن لمّا كان إعمال قاعدة: الأصل براءة الذمة في هذه الواقعة يقتضي أن تكون ذمة كلّ من: المجني عليه (المقتول)، والمجني عليها المصابة، بريئة من استحقاق القتل والإصابة، بينما صارت ذمة المتهمة مشغولة بما نسب إليها من القتل والجناية، فإن هذا يعني: إدانة المتهمة بما نسب إليها، وبناء على ذلك فإن حكم المحكمة الاستئنافية بإلغاء ما قضى به الحكم الابتدائي بالقصاص من المتهمة مخالف لمقتضى القاعدة، إذ كيف تقرر المحكمة عدم براءة ذمة المتهمة، ثم تعدل عن هذا إلى إلغاء القصاص عنها؟ ولماذا العدول عمّا ثبت لديها من إدانة المتهمة إلى ما هو مشكوك فيه من دعوى الخطأ والدفاع الشرعي المزعوم من المتهمة، خصوصًا مع عدم ثبوت تلك الدعويين أو إحداهما؟

٣ – بالنسبة للمحكمة العليا: فإن مقتضى هذه القاعدة يؤيد ما ذهبت إليه من نقض الحكم الاستئنافي، وتوجيه إلزام المحكمة الاستئنافية بإلزام المتهمة بإثبات ما تدعيه من الخطأ والدفاع الشرعي؛ ووجه مطابقة هذا القرار لهذه القاعدة: هو أن ذمة القتيل والمجني عليها بريئة ممّا نسب إليهما من الصيال على المتهمة وبيتها وأولادها، واعتبارا بأصل البراءة، فإن على المتهمة إثبات خلاف هذا الأصل وهو إثبات صيالهما.

القاعدة الثانية: "الضرورات تبيح المحظورات"

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: يظهر من خلال الإشارة إليها في ثلاثة مواضع أيضًا، هي:

الموضع الأول: في جانب المتهمة، حيث ادعت وقوع الصيال عليها وبيتها وأولادها من المجني عليه (المقتول) والمجني عليها (المصابة)، ورأت أن هذا الصيال يبيح لها القتل دفاعًا شرعيًا، لأنها في حالة ضرورة، والضرورات تبيح المحظورات.

الموضع الثاني: في الحكم الاستئنافي، حيث رأت المحكمة الاستئنافية قيام التعدي من القتيل، والمجني عليها، على المتهمة، بمجيئهما ليلاً لقصد الفتنة، وأن حالة الدفاع الشرعي من المتهمة قائمة لوجود عداوة وفتنة سابقة، الأمر الذي لا يستقيم معه الحكم بالقصاص.

الموضع الثالث: في قرار المحكمة العليا، حيث قررت إرجاع القضية للمحكمة الاستئنافية للفصل فيها مجددًا، ذلك أنه لم يثبت لديها الدفاع الشرعي الذي يبيح للمتهمة القتل والجناية، وأن على المحكمة الاستئنافية إلزام المتهمة بإثبات ذلك، وهذا معناه: أن المحكمة العليا حين أرجعت القضية إلى المحكمة الاستئنافية، فإنها تريد أن تقول: يجب على المتهمة إثبات حالة التعدي من المجني عليه القتيل والمجني عليها المصابة، فإذا أثبتت ذلك، اعتبر اعتداؤهما صيالاً، ويترتب عليه: أن ما قامت به المتهمة هو دفاع شرعي، أي أنها في حالة ضرورة يباح فيها المحظور.

رأي الباحث في التطبيق

لمّا كانت قاعدة: **"الضرورات تبيح المحظورات"** قد فرّع عليها العلماء جواز دفع الصائل ولو أدى إلى قتله، والصيال: هو الاعتداء على الغير بغير حق، فإن هذا الجواز في دفع الصائل مقترن بوجود حالة الاعتداء من الصائل، وبالرجوع إلى هذه الواقعة نجد أن الاستشهاد بهذه القاعدة في المواضع المذكورة آنفًا يكون على النحو التالي:ـ

١- بالنسبة لجانب المتهمة: فإن هذه القاعدة لا تصلح في جانبها، لأن الضرورات إذا كانت تبيح المحظورات، فإن هذا يستلزم وجود حالة الاعتداء عليها، لتكون في ضرورة يباح لها بسببها الدفاع الشرعي، وهذه الحالة وهي الصيال لم تستطع المتهمة أن تثبتها في أي من المحكمتين؛ الابتدائية، أو الاستئنافية.

٢- بالنسبة لما جاء في حكم المحكمة الاستئنافية عن قيام حالة التعدي على المتهمة من قبل القتيل والمجني عليها بمجيئهما ليلاً لقصد الفتنة ووجود عداوة وفتنة سابقة ووجود أحجار في منزل المتهمة ووجود حذاء المجني عليها، فهذه الأمور اعتبرتها المحكمة الاستئنافية استنتاجات على وقوع الاعتداء على المتهمة، وعلى أن فعلها يعتبر من قبيل الدفاع الشرعي، ولكن هذه الاستنتاجات لا ترقى للقول بوجود حالة الضرورة الملجئة للمتهمة للقتل والاعتداء، وذلك لما يلي: -

أ- لأن ما جاء في حيثيات حكم المحكمة الاستئنافية من أن: إصابة القتيل بطلقة نارية من الخلف ينفي حالة الدفاع الشرعي، يدل على أن هذا الوضع للقتيل يفيد أنه كان في حالة هرب – هذا على فرض وجود اعتداء منه هو والمجني عليها على المتهمة، ويعنى أيضًا: أن المتهمة لم تعد في حالة خطر محدق جسيم.

ب- لأن مرور القتيل والمجني عليها بجانب منزل المتهمة ليلا لا يدل على قيامهما بالاعتداء على المتهمة؛ لأنهما لو أرادا الاعتداء فعلاً لأخذا كل الاحتياطات اللازمة للفتنة، خصوصًا السلاح، وهذا ما لم يأت في الحكم.

وقد فنّد ابن قدامة أن يكون دخول الشخص المنزل سببًا كافيًا لوصف الحال بأنها حال ضرورة تبيح قتله وإهدار دمه، حيث يقول: "لو قتل رجل رجلاً وادعى أنه قد هجم منزله فلم يمكني دفعه إلا بالقتل لم يقبل قوله إلا ببينه وعليه القود... فإن شهدت البيّنة أنهم رأو هذا مقبلاً، أي: هذا بالسلاح المشهور، فضربه فهذا هدر دمه، وإن شهدوا أنهم رأوه داخلاً داره ولم يذكروا سلاحًا أو ذكروا سلاحًا غير مشهور لم يسقط القود بذلك، لأنه قد يدخل لحاجة، ومجرد الدخول المشهود به لا يوجب إهدار دمه"[١]، ويفهم من هذا: أنه يجب الاحتياط في وصف هجوم الشخص بدخول منزل غيره بأنه ضرورة، فمن باب أولى أن لا يعتبر مجيء المجني عليه والمجني عليها اعتداء، لأنه قد يكون مرورهما لقضاء مصالحهما، كما أن وجود

---

(١) المغني، ٨/٣٣٣.

الأحجار في منزل المتهمة لا يعني وجود اعتداء عليها؛ لاحتمال أن تكون المتهمة قد أحضرت الأحجار إلى داخل منزلها ونسبت ذلك إلى كلٍّ من: المجني عليه، والمجني عليها.

ج – لأنه لو كانت المتهمة في حالة دفاع شرعي كما تزعم لاكتفت بالدفع بالتخويف ولو بإطلاق النار في الهواء، أو لاكتفت بإصابة القتيل إصابة غير قاتلة، ولكن واقع الأمر يظهر أن ادعاء الدفاع الشرعي من المتهمة لم يكن إلا وسيلة لدفع إدانتها.

د – بالنسبة للمحكمة العليا: فإن إعمالها لقاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**" في هذه الواقعة مقيد بإثبات حالة الضرورة الملجئة لقيام المتهمة بالدفاع الشرعي بالقتل، وهو تطبيق سليم، لأنه إذا أثبتت المتهمة الاعتداء الذي يبيح لها الدفاع الشرعي، فإنه في هذه الحال يمكن اعتبار ما قامت به دفاعًا شرعيًا على أساس الضرورة.

ولذلك فإن ما قررته المحكمة الاستئنافية من دفع القصاص عن المتهمة، يعتبر قرارًا متسرعًا، لأنه لم يستند إلى إثبات حالة الدفاع الشرعي، أمّا المحكمة العليا فإنها قد فنّدت ادعاء المتهمة – الدفاع الشرعي والخطأ – ولكنها (أي المحكمة العليا) حينما أرجعت القضية إلى محكمة الاستئناف للفصل فيها مجددًا لم تجزم بعقوبة القصاص أو الدية على المتهمة، وهو ما يعني: أنها تريد أن يكون الحكم مبنيًا على أدلّة لا على استنتاجات، وفي قرارها هذا إعطاء فرصة أخيرة للمتهمة لإثبات حالة الدفاع الشرعي والخطأ، وكلٌّ منهما تدعيه المتهمة.

القاعدة الثالثة: "البيّنة على المدعي"

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: يظهر من خلال ما نصّت عليه المحكمة العليا من: "أن من يدعي الخطأ أو الدفاع الشرعي هو الملزم بالإثبات"، ولذلك فإن على المتهمة إثبات ما تدعيه من أن ما نسب إليها هو خطأ أو دفاع شرعي، ولذلك فإن المحكمة العليا قد أرجعت القضية إلى محكمة الاستئناف للفصل فيها مجددًا على هذا الأساس.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أنه لمّا كانت المتهمة تدفع التهمة بقيام حالة الدفاع الشرعي

والخطا، فإن الدفع بقيام حالة الدفاع الشرعي يعتبر دعوى يلزم مدعيها البيّنة[1]، كما أن دعوى الخطأ يلزم مدعيها البيّنة أيضا، ولذلك فإن تطبيق المحكمة العليا للقاعدة تطبيق سليم، لأن بينة الصيال على الدافع، باعتبار أنه من يدعي الصيال فعليه إثباته، ولأن الأصل براءة ذمة المجني عليه من تهمة الصيال، لذلك كان على من يدعي الدفاع الشرعي أن يقدم الدليل على صدق دعواه، لكون هذه الدعوى قد جاءت على خلاف الأصل في الإنسان وهو البراءة، فإنْ عجز عن تقديم الدليل على أن فعله كان دفاعًا شرعيًا فإنه يستحق العقاب ولو كان في حقيقة الأمر مدافعا، لأن هذه الحقيقة وهي الدفاع الشرعي لا تكون معتبرة قضاءً إلا إذا قام الدليل عليها[2]

القاعدة الرابعة: "الأمور بمقاصدها"

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: يظهر من خلال التلميح إليها في حيثيات كل من: المحكمة الاستئنافية، والمحكمة العليا، أما بالنسبة للمحكمة الاستئنافية: فقد ألمحت إلى هذه القاعدة بقولها – عن إقرارات المتهمة –: "بالرجوع إلى تلك الإقرارات نجدها متطابقة بأن المتهمة قد أطلقت عيارين ناريين قصد التخويف نافية قصد القتل عمدًا عدوانًا، غير أن العيارين قد أصابا حيّ القتيل والمجني عليها..."، أي أنها اعتبرت القتل ليس من قبيل العمد والعدوان، لأن المتهمة لم تكن قاصدة القتل، وإنما كانت قاصدة تخويف المجني عليه القتيل، والمجني عليها المصابة.

وأما بالنسبة للمحكمة العليا: فإن تكاد تصرح بقاعدة: **"الأمور بمقاصدها"** وهذا واضح من خلال قولها: بأنه "لمّا كان من المقرر أن قصد القتل أمر خفي لا يدرك بالحواس الظاهرة وإنما يدرك بالظروف والأداة المستخدمة في الجريمة، ولمّا كان المسدس قاتلاً بطبيعته، فإنه من غير المقبول في هذه الواقعة القول بوقوع القتل

(١) شرح قانون الجرائم والعقوبات، د. حسن علي مجلي، ١٩٢.

(٢) شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني، جـ١: النظرية العامّة للجريمة، د. علي حسن الشرفي، ٢٢٥، ٢٢٦.

عن طريق الخطأ"، أي أن المحكمة العليا فندت – بهذه القاعدة – دعوى وقوع القتل خطأ.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن تطبيق المحكمة العليا للقاعدة تطبيق سليم، لأن القصد أمر باطن، والأمور بظواهرها، وقصد القتل العمد واضح من خلال استخدام آلة قاتلة هي المسدس، وتوجيه العيارين الناريين إلى ظهر المقتول، وهو ما يدل على هرب المجني عليه وانتهاء الصيال – إن كان هناك ثمة صيال فعلاً –.

أما تطبيق المحكمة الاستئنافية للقاعدة، فهو في غير محله، لأن إطلاق المتهمة الرصاص لو كان بقصد التخويف لكان موجهًا إلى الهواء لا إلى جسد كل من: القتيل، والمجني عليها، ولأن القتل أمر خفي يمكن معرفة القصد منه بالآلة، وما يترتب على الفعل، وفي هذه الواقعة فإن الآلة قاتلة، والنتيجة هي الموت قتلاً.

أثر عدم فهم قواعد دلالات الألفاظ بمنطوقها ومفهومها على سوء استخلاص موجز الحكم.

بالرجوع إلى الموجز المستخلص من هذا الحكم نجد أنه قد ورد بلفظ: "الدفاع بالخطأ أو الدفاع الشرعي ملزم بإثباته"، وهذا الموجز غير واضح الدلالة، لأن كلمة: "ملزم بإثباته" لم يسبق ورودها لبيان من هو الملزم بالإثبات، وهذا خلل في صياغة الموجز، ولعل السبب في ذلك هو عدم مراجعة هذه الصياغة، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن عدم فهم قواعد دلالات الألفاظ بمنطوقها ومفهومها يعتبر سببًا آخر لسوء صياغة الموجز، لأن فهم تلك القواعد يقتضي استخلاص الموجز من منطوق الحكم، والتعبير عنه بعبارات تدل على فحواه، ولذلك فإن الباحث يرى أن الصياغة المفترضة للموجز يجب أن تكون: "مدعي الخطأ، أو الدفاع الشرعي ملزم بإثباته"؛ لأن هذا هو المعنى المستخلص من منطوق الحكم.

التطبيق التاسع: حكم صادر من المحكمة العليا في جلسة٢٢رجب١٤٢٠ هـ - الموافق ٣١/١٠/١٩٩٩م[١]

موضوعه: الحكم بالقصاص في القتل العمد.

الموجز: "العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، والتكييف للواقعة من المسائل التي تختص بها محكمة الموضوع تحت رقابة المحكمة العليا"[٢].

الحكم: "وبمطالعة أوراق الطعن وسائر الأوراق وبعد تلخيصها في صورة ما سلف عرضه، وحيث إنَّ الطعن قد بني على ثلاثة أوجه:ـ

حمل الأول: على المحكمة لتقريرها بخلاف ما ثبت لديها من خلال شهادة الشهود، وبحدوث خلاف ومشاكل ومضاربة بين الطاعن وبين زميله... أما القتيل فليس بينه وبين الطاعن أي مشاكل أو سوء تفاهم لا سابقًا ولا لاحقًا، وما كان قتله إلا عن طريق الخطأ، وهو لا ينكر ذلك، فكيف بالمحكمة استندت في حكمها إلى أن الطاعن قتل المجني عليه عمدًا؟

أما الوجه الثاني: فقد حمل على المحكمة لعدم التفاتها إلى ما قام به... من الاعتداء أو المضاربة، وما تلفظ به على الطاعن من كلام غير أخلاقي منتهكًا به شرفه وعرضه، وإلى أن يقول الطاعن: (فماذا كان بوسعي أن أعمل في هذه الحالة؟ هل أنتظر ليقتلني؟ أم أدافع عن نفسي؟).

أما الوجه الثالث: فقد أخذ على المحكمة لِما ورد في حيثياتها من تقرير أن الاستفزاز الذي صدر من... لم يكن كافيا لأن يفقد الشخص العادي سيطرته على نفسه ويسائل

---

(١) طعن رقم (٣٥٢)، لسنة ١٤٢٠ هـ،جزائي.

(٢) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الأول: جزائي – مدني، مجموعة المبادئ والقواعد الجزائيَّة، رقم (٢٩)، ١٢٩-١٣٣.

الطاعن (هكذا ولعلها ويتساءل) بقوله: لا أدري ما هو نوع الاستفزاز الذي يفقد عنده الشخص العادي السيطرة على نفسه؟... إلخ، وبدارسة موارد الطعن في أوجهه الثلاثة، يتضح بأنها ترجع في جملتها إلى وجه واحد، وهو النكير على المحكمة – ابتدائيا – لتقريرها نسبة الواقعة إلى العمدية وتأسيس الحكم بالقصاص عليها – واستئنافيًا – لتأييدها ما قضت به محكمة الدرجة الأولى في تقرير العمدية، مُحيلة على أسبابها، وإذ يتعالى نكير الطاعن على تقرير العمدية بما ترتب على ذلك من الحكم بالقصاص، ومع اعترافه بقتل المجني عليه، إلا أنه لا يرى في الواقعة سوى أنها – في معتقده، ووجهة نظره – من قبيل الخطأ، متعللاً بانتفاء القصد الجنائي لديه بقتل المجني عليه وهو الركن المادي للعمدية مؤكدًا أن القصد الجنائي إنما كان متوجهًا نحو زميله... ومتعلقًا به دون سواه، لما بينهما من تعاد وخلاف ومشاكل، فأن تحلّ بالمجني عليه إحدى الرصاصات التي أطلقها الطاعن فترديه قتيلاً دون أن يكون مقصودًا للطاعن وإنما توافقًا ومصادفةً فذلك يجعل الواقعة من قبيل الخطأ، هكذا تصور الطاعن أو صُوّر له، وفي التقدير – المؤيد بما هو ثابت في الأوراق – بأن ما أثاره الطاعن في جملته لا يخرج في الأصل عماّ كان مثارًا لدفاعه أمام محكمة الموضوع بدرجتهما: ابتدائيا، واستئنافيًا، ولمّا لم تُجْد دفاعاته أمامهما نفعًا ولم تحدث أثرًا، عاد ليثيرها من جديد أمام المحكمة العليا.

وعلى أية حال فإن جماع ما أثاره الطاعن يقع عند التحقيق على التكييف القانوني، يستفاد هذا من فحوى الطعن وغايته، نقول هذا دون التفات إلى إن كان مدرك للطاعن أو غير مدرك له (هكذا، ولعلها: إن كان مدركًا للطاعن أو غيرَ مدرك له)، فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، طبقًا للقاعدة الأصولية الشهيرة، ولبيان ذلك نقول: بأن الطاعن إذ يعزي الفعل المسند إليه – مع اعترافه به – إلى الخطأ، الذي لا يلزم عنه ولا يترتب عليه الحكم بالإعدام، فمعناه عند التحقيق: أن المحكمة إذ قررت حكمها بالإعدام في حقه فما ذاك إلا لأن المحكمة قد حسمت تكييفها القانوني للواقعة، بتقرير نسبة العمدية إلى الفعل المسند إلى المتهم، وبهذا أمكن حصر النزاع وتحديده في التكييف القانوني، فإن سلمت لنا هذه المناقشة أمكن

القول بأن المحكمة فيما ذهبت إليه في قرارها بإعدام الطاعن قصاصا لقتله زميله... استنادا إلى الأسباب والحيثيات التي أسست حكمها عليها تكون قد أصابت صحيح الشرع والقانون، لا لأنها بحكمها هذا قد أبانت عن إطراح دفوعات الطاعن في نسبة فعله إلى الخطأ وإنما بما ترتب على حكمها بالإعدام من حسم جدي للتكييف القانوني بتقرير نسبة العمدية إلى الفعل المسند إلى الطاعن، فضلاً عن أن التكييف القانوني في أساسه من المسائل التي تختص بها محكمة الموضوع، تحت رقابة المحكمة العليا، الأمر الذي لا مجال معه لقبول الطعن ولا محل عنده لوروده (هكذا) وبناءً على عرض النيابة العامّة، ووفقًا للمادة (٤٣٤أج) التي توجب عرض القضية على المحكمة إذا كان المحكوم به قصاصًا أو حدًا ترتب عليه ذهاب النفس أو عضو من الجسم إلخ، وبعد المداولة وإعمال النظر، تقرر الدائرة الآتي: (١) قبول عرض النيابة، وقبول الطعن شكلاً. وفي الموضوع (٢) إقرار الحكم الاستئنافي المؤيد للحكم الابتدائي القاضي بإجراء القصاص الشرعي على المساعد... بإعدامه رميًا بالرصاص حتى الموت لقتله ظلمًا وعدوانًا المجني عليه المساعد، والله ولي الهداية والتوفيق"[1].

القواعد التي وجِّه الحكم بها

اشتمل الحكم على قاعدة واحدة صريحة، وقواعد أخرى غير صريحة، وفيما يلي توضيح لذلك:ـــ

القاعدة المصرح بها في الحكم هي قاعدة: "العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني".

ووجه الاستدلال بهذه القاعدة: هو أن استدلال المحكمة العليا بها جاء صريحًا، حيث

(١) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الأول: جزائي – مدني، مجموعة المبادئ والقواعد الجزائيّة، ١٢٩-١٣٣.

أخذت بها في الوصول إلى المعنى الذي يريده الطاعن – المحكوم عليه – من الطعن، وهذا المعنى المستفاد من فحوى الطعن وغايته خلاصته نكير الطاعن على المحكمة الابتدائية لوصفها الواقعة بأنها قتل عمد وتقرير عقوبة القصاص عليه، وهو ما أيدته محكمة الاستئناف، والمحكمة العليا.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن التطبيق جاء سليمًا، لأن ألفاظ الطاعن وعباراته تؤدي المعنى المقصود من طعنه، وهو استنكاره على ما قضت به المحكمة الابتدائية بالقصاص منه، والمؤيد من المحكمة الاستئنافية، ووجه استنكاره لذلك الحكم: أنه يظن أن الحكم بني على أساس خاطئ، وهو أن المحكمة كيّفت الواقعة بأنها قتل عمد، في حين يرى الطاعن: أن التكييف للواقعة ليس القتل عمدًا، وإنما القتل خطأ، ولم يقدم دليلاً يثبت هذا الظن.

ومن الجدير بالذكر أنّ هذا الحكم حينما نص على قاعدة: "العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني "إنما استند في هذا إلى النصّ الذي كان موجودًا في القانون اليمني قبل التعديل، حيث كانت المادة السادسة، من القرار الجمهوري رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م بشأن إصدار القانون المدني، تنص على هذه القاعدة بلفظ: "الأمور بمقاصدها والعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني"، وقد رأت لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية حول مشروع تعديل هذا القانون، رأت في هذه المادة إضافة كلمة "في الكنايات" بعد عبارة: "بمقاصدها"، والمبرر – كما تقول اللجنة –: هو أن "الألفاظ الصريحة تعامل بصريح ألفاظها لا بالكنايات، فالعبرة فيها بما قصد به المتكلم"، ليصبح نص المادة بعد الإضافة: "**الأمور بمقاصدها والعبرة في الكنايات بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني**"[1]، وبعد تعديل هذا القانون المدني صدر

---

(١) انظر في هذا التعديل: تقرير لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية حول مشروع تعديل القرار الجمهوري رقم (١٩) لسنة ١٩٩٢م، بشأن إصدار القانون المدني، الكتاب الأول، الجمهورية اليمنية، مجلس النواب، لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية، رقم (١/٢٠٠٠)، تاريخ ٢٠٠٠/٦/١٢م ص٥. وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (٢٣) في آخر هذا البحث.

القانون رقم (١٤)، لسنة ٢٠٠٢م،بشأن القانون المدني، وهو القانون الحالي، وقد جاء نص المادة السادسة منه وفقًا لتعديل لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية.

ثانيًا: القواعد المشار إليها في الحكم

يشير الحكم في حيثياته إلى القواعد التالية: –

القاعدة الأولى: "لا عبرة بالظن البيّن خطؤه"

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: هو أن حكم المحكمة العليا يشير إلى هذه القاعدة، حين علّل تفنيد ادعاء الجاني أن قتله للمجني عليه كان خطأ لا عمدًا، حيث أفادت المحكمة من هذه القاعدة بأن الطاعن – الجاني – حين استنكر وصف الواقعة بأنها قتل عمد، وما ترتب على ذلك من الحكم بالقصاص – فإنه معترف بقتله المجني عليه، وأن ما يراه من أن الواقعة خطأ إنما هذا في نظره فقط وفي معتقده، مع أن واقع الأمر على خلاف ذلك، كما أن المحكمة العليا لم تأخذ بمزاعم الطاعن من أن قصد الجناية إنما كان متوجهًا نحو زميله ومتعلقًا به دون المجني عليه، لما بينه وبين زميله من عداوة وخلاف ومشاكل، وأنه حينما أراد قتل زميله، جاءت الرصاصات في شخص آخر، وهو القتيل، فأردته قتيلاً، دون أن يكون قتله مقصودًا وإنما مصادفة، بدليل أنه ليس بينه وبين القتيل أية مشاكل أو سوء تفاهم لا سابقًا ولا لاحقًا، وهذا ما يجعل الواقعة من قبيل الخطأ – في ظن الطاعن – وهكذا فإن المحكمة لم تأخذ بهذا الظن الخاطئ، لأن العبرة لما في واقع الأمر، لا لما يظنه الجاني، وواقع الأمر هو وقوع القتل العمد، وأما ادعاء الخطأ المظنون فلم يثبت.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن التطبيق للقاعدة تطبيق سليم، لأن القاعدة مؤكدة لواقع الأمر، الذي هو القتل العمد، إذ لو ثبت ظن الجاني بأن جنايته بالقتل كانت خطأ لأخذت به المحكمة العليا، وأرجعت الحكم للفصل فيه مجددًا بناءً على ما ثبت لديها، ولكنها لم تلاحظ في كلام الطاعن إلا ظنًا ومزاعم لا أساس لها، فلذلك جاء حكمها مؤيدًا للحكم الاستئنافي المؤيد للحكم الابتدائي القاضي بالقصاص من الجاني.

القاعدة الثالثة: قاعدة "مفهوم الموافقة"

سبق القول أن هذه القاعدة تسمى أيضًا: "فحوى الخطاب"، لكونهـا تتعلـق بفهم محتوى الخطاب ومضمونه.

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: أنه ورد استشهاد المحكمة العليا بها فـي فهـم خلاصـة الطعن المرفوع من الطاعن، حيث أفادت المحكمة من هذه القاعدة في المعنى الـذي يقصده الطاعن من طعنه، وهذا المعنى هو إنكاره تكييف واقعة القتل بأنها عمد، وهذا الاستشهاد واضح من قول المحكمة العليا في حيثيات قرارها: "... فإن جماع ما أثاره الطاعن يقع عند التحقيق على التكييف القانوني، يستفاد هـذا مـن فحـوى الطعـن وغايته... إلى أن قالت: وبهذا أمكن حصر النزاع وتحديده في التكييـف القـانوني"، ذلك أن الطاعن يرى أن المفروض في التكييف لواقعة القتل أن يكون خطأ، ويستنكر على المحكمة الابتدائية، والمحكمة الاستئنافية، تكييفهما لواقعة القتل بأنها عمد.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن التطبيق سليم ودقيق جدًا، لأن هذا المفهوم الذي توصـلت إليه المحكمة العليا هو مفهوم موافق لما ورد في كلام الطـاعن، ولأن الظـاهر أن الطاعن قد حاول بكلامه هذا في كل من: المحكمة الابتدائية، والمحكمة الاسـتئنافية، أن يدفع عن نفسه تهمة واقعة القتل العمد، إلا أن المحكمتين قد حسمتا تكييف الواقعة بتقرير نسبة العمدية إلى الفعل المسند إلى المتهم وهو القتل العمد.

بعض القواعد التي يمكن الإفادة منها في توجيه الحكم

يرى الباحث أن هناك قواعد أخرى تؤيد ما ذهبت إليه المحكمة العليا مـن تأييد حكم الاستئناف، والحكم الابتدائي، القاضيين بالقصاص الشرعي من الطـاعن، ومن هذه القواعد، ما يلي: -

القاعدة الأولى: "الأصل براءة الذمة"

هذه القاعدة يمكن توجيه الحكم بها في هذه الواقعـة فـي حـق الجـاني (المحكوم عليه بالقصاص) والمجني عليه (المقتول ظلمًا وعدوانًا)، ففي حق الجـاني:

قررت المحكمة العليا قبول طعنه شكلاً، ذلك أنَّ الطاعن حين يطعن في الحكم فإنـــه يطلب إبراء ذمته، ممّا شغلت به وهو وجوب القصاص عليه، وفي حق المجني عليه، يمكن أن يقال: إنه لمّا كان الأصل براءة الذمة، فإن المجني عليه حينما قُتـــل ظلمًـــا وعدوانًا، فإنه قُتل وذمته بريئة من العدوان، وبريئة من استحقاق القتل.

القاعدة الثانية: قاعدة "مفهوم المخالفة"

هذه القاعدة يجب الالتزام بها في تنفيذ الحكم، ذلك أن الحكم نـــص علـــى عقوبة الجاني بأن تكون "رميًا بالرصاص حتى الموت"، وفي هذا تقييد للحكم بصفة، وغاية، وذلك كما يلي: -

١ - قاعدة: "مفهوم المخالفة بالصفة"

قاعدة مفهوم المخالفة بالصفة تقتضي أن الحكم إذا كان مقيدًا بقيد فإنه يدل على وجوب الحكم عند وجود الصفة، وانتفاؤه عند انتفاء الصفة، والصفة المقيّدة بهـــا العقوبة في هذه الواقعة هي الرمي بالرصاص - كما هو واضح من منطوق الحكم - ومفهوم المخالفة يدل على أنه لا يجوز تنفيذ عقوبة القصاص بغير هذه الصفة وهـــي الرمي بالرصاص.

٢ - قاعدة:"مفهوم المخالفة بالغاية"

قاعدة مفهوم المخالفة بالغاية تقتضي أن الحكم إذا كان مقيدًا بغايـــة، فإنـــه يدل على وجوب الحكم إلى الغاية وانتهائه عند انتهاء الغاية، والغايـــة المقيّـــدة بهـــا العقوبة في هذه الواقعة هي الرمي بالرصاص حتى الموت، فمفهوم الموافقة يعنـــي: استمرار رمي الجاني بالرصاص حتى يموت، ويقتضي مفهوم المخالفة انتهاء الرمي بالرصاص عند انتهاء الغاية وهي موت الجاني.

القاعدة الثالثة: "درء المفاسد مقدم على جلب المصالح"

هذه القاعدة تفهم من خلال تقرير المحكمة القصاص من القاتل، أي أن قتل الجاني قصاصًا وإن كان في ظاهره مفسدة في حقه، إلا أن فيه مصلحة كبرى، وهي الزجر واستقرار المجتمعات والأمن، ورفع الظلم والعدوان عن الأمة.

* * *

التطبيق العاشر: حكم صادر بجلسة ١٧ ذي القعدة سنة ١٤٢٢ هـ الموافق ٢٠٠٠/٢/٢١ م (جزائي)[1]

موضوعه: الحكم بدية العمد مع التعزير

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي:ــ

الموجز: "لا يثبت القصاص إلا بدليل قطعي"[2]

الحكم: "وبعد تأمل الدائرة الجزائيَّة بالمحكمة العليا لكل ما ذكر، وجدنا الحكم الابتدائي هو الأقرب إلى الصواب، وأن الحكم الاستئنافي محل نظر بجزمه بالقصاص دون استناد إلى دليل قطعي واضح يثبت القتل من قبل الجاني رؤية أو اعترافا، لذلك فالدائرة تقرر تأييد الحكم الابتدائي بأن على... تسليم دية العمد لورثة المجني عليها... لما استند إليه من القرائن القوية، إلا أن الدائرة ترى أن يحبس المذكور سبع سنوات من تاريخ القبض عليه"[3].

القاعدة المشار إليها في الحكم : هي قاعدة "الأصل بقاء ما كان على ما كان".

يشير الحكم إلى قاعدة الاستصحاب: **(الأصل بقاء ما كان على ما كان)**. والتي يطلق عليها أيضًا: **"اليقين لا يُزال بالشك"**.

ووجه الاستشهاد بالقاعدة: هو أن منطوق الحكم يكاد يكون صريحًا في هذه القاعدة، حيث جاء موجز الحكم بما يقرب من قاعدة: **"اليقين لا يزول بالشك"** حين نص على

---

(١) طعن رقم (٢٧٣)، لسنة ١٤٢٠هـ.

(٢) القواعد القضائيَّة المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة من المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الأول: جزائي – مدني، ٢٥٣، مجموعة المبادئ والقواعد الجزائيَّة، رقم (٦٧). وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (٢٤) في آخر هذا البحث.

(٣) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة من المحكمة العليا، نفس العدد، نفس الجزء، ٢٥٤.

أنه: "لا يثبت القصاص إلا بدليل قطعي"، بمعنى أن القصاص لا يثبت إلا بيقين لا شك فيه، ولذلك فإن المحكمة العليا حين أيدت الحكم الابتدائي بإلزام الجاني بتسليم دية العمد لورثة المجني عليها استندت إلى عدم وجود دليل قطعي واضح يثبت القتل من قبل الجاني رؤية أو اعترافا، وهو ما استندت إليه المحكمة العليا – أيضا – في عدم تقرير الحكم الاستئنافي، حيث عللت عدم هذا التقرير بأن الحكم الاستئنافي محل نظر بجزمه بالقصاص، لأنه لم يستند إلى دليل قطعي واضح يثبت القتل من الجاني.

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن التطبيق سليم وواضح، لأن استصحاب الحال يعني التَّمَسُّك بالحكم الثابت في حالة البقاء ما لم يوجد المغير لذلك الحكم، أي أنه إبقاء ما كان على ما كان عند عدم وجود دليل[1]، وهو ما يعبَّر عنه بأن: "**الأصل بقاء ما كان على ما كان**"، ولا تخفى العلاقة بين هذه القاعدة، وبين قاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**"، فقاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**" تعني إبقاء حكم اليقين السابق والتمسك به وعدم رفعه بالشك اللاحق أو الطارئ، وهذا المعنى مقارب لاستصحاب الحال، الذي هو حجة لإبقاء ما كان على ما كان حتى يقوم الدليل على نفي الحُكْم، لأن الحكم ببقاء الأمر المحقق المتيقن هو عين قاعدة: "**اليقين لا يزول بالشك**"، ولأن التمسك باستصحاب الحال هو نوع من الاحتياط عند عدم وجود الدليل اليقيني على الحكم، ولهذا لا يمكن تحميل الذمة شيئًا قبل شغلها، فيبقى استصحاب الحال – كما هو – حجة، وهو الأصل حتى يقوم دليل على عكس ذلك، وفي هذه الواقعة استصحبت المحكمة عدم استحقاق الجاني للقصاص، واحتجت به لإبقاء ذمته بريئة من القصاص، لأنه لم يثبت لديها دليل قطعي يستيقن منه وجوب القصاص من الجاني، لأن الأحكام لا تجب إلا بيقين لا شك فيه، ولذلك فإن الموجز يصلح ضابطًا يعتمد عليه القضاة، لأنه مبني على أساس أصولي وهو الاستصحاب، ولأن قاعدة البراءة الأصلية يندفع بها القصاص من الجاني؛ لعدم وجود دليل قطعي يثبت استحقاقه القصاص، ويؤيد هذا أيضًا: القاعدة القائلة: بأن "**الأصل براءة الذمة**"، وقد أشكل وجوب القصاص – في

---

(١) شرح نور الأنوار على المنار، لملاجيون، بهامش كشف الأسرار، للنسفي، ٢٦٨/٢.

هذه الواقعة ــ لعدم توافر دليل قطعي يثبت القتل العمد.

ومما لا شك فيه أن إقامة القصاص بدون دليل قطعي يثبت القتل العمد فيه إضرار بمن لا يجوز الإضرار به، وهذا الإضرار هو القصاص من المتهم دون دليل على ثبوت عمدية القتل، وكذلك لأن الشك والتخمين مظنة للخطأ، أما عقاب الجاني بالدية العمدية فسببه أن ذمته لم تعد بريئة من القتل، حيث اعتدى على غيره، ولَمَّا وُجِدَ الشك حول عمدية القتل، اندرأ عنه القصاص، ولم يسقط التعزير عنه للاعتداء على الغير، ولإخلاله بنظام المجتمع وأمنه.

* * *

التطبيق الحادي عشر: حكم صادر بجلسة ١٢ ربيع الأول، لسنة ١٤٢١ هـ ــ الموافق ١٤ يونيو، لسنة ٢٠٠٠ م (جزائي)[١]

موضوعه: درءُ حد الزنى بشبهة الرجوع عن الإقرار به.

جاء هذا الحكم في موجز له، ومنطوق، وذلك على النحو التالي:ــ

الموجز: "الرجوع عن الإقرار في الحدود يدرأ الحد ولا يسقط التعزير".

الحكم: "بعد الاطلاع على الطعن المقدم من النائب العام ومن نيابة النقض وجدنا فيهما ما يلفت النظر، ولذلك قررت الدائرة بعد المداولة: الاكتفاء بحبس المتهمة المذكورة، والمتهم المذكور، مدة ثلاث سنوات، مع جلد المتهمة... تسعين جلدة، كل ذلك تعزيراً، وهذا لرجوعها عن الإقرار الذي درأ عنها الحد، لا التعزير، فثابت بغير ذلك"[٢] (المراد: أن الحد دُرِءَ عن المتهمة بسبب رجوعها عن الإقرار، أما التعزير فلم يسقط عنها).

---

(١) طعن رقم (١٩٧) لسنة ١٤٢١هـ (جزائي)

(٢) القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، الجمهورية اليمنية العدد الأول، الجزء الأول: جزائي – مدني، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، ١٤٢٥هـ ــ ٢٠٠٤م، مجموعة المبادئ والقواعد الجزائية رقم (٢٣٢). وانظر في هذا الحكم: الوثيقة رقم (٢٥) في آخر هذا البحث.

القاعدة المشار إليها في الحكم: هي "درء الحدود بالشبهات".

وجه الاستشهاد بالقاعدة: يظهر في الحكم، من خلال الأخذ بها في رجوع الزانية في هذه الواقعة عن الإقرار، حيث اعتبرت المحكمة أن هذا الرجوع درأ عنها حد الزنى وهو الجلد مائة جلدة، كما يظهر الاستشهاد بهذه القاعدة بوضوح أكثر في موجز الحكم، الذي جاء فيه: إن "الرجوع عن الإقرار في الحد يدرأ الحد، ولا يسقط التعزير".

رأي الباحث في التطبيق

يرى الباحث أن تطبيق القاعدة سليم، لأن أساس قاعدة درء الحدود بالشبهات نص نبوي – كما سبق القول[1] – لذلك فإن الاستناد إلى هذه القاعدة في بناء الحكم عليها هو استناد إلى دليل شرعي، إضافة إلى أن درء الحدود بالشبهات أساسه الاحتياط، والاحتياط يقتضي عدم إيقاع الحد دون دليل يقيني على الجريمة، ولأن الشك في الدليل الموجب للحد شبهة مسقطة له، لعسر التمييز بين الدليل اليقيني الموجب للحد، والدليل المشكوك فيه، لكنَّ الشبهة وإن كانت مسقطة للحد إلا أنها ليست مسقطة للتعزير، بل يثبت التعزير مع الشبهة[2]، لأنه من باب الردع والزجر.

وقد أخذ القانون اليمني بهذه القاعدة، حيث نص على ما يقاربها، وذلك بتقريره أن على القاضي في دعاوى الحدود البحث عن جميع مسقطات الحد، وهذا ما نصَّت عليه المادة رقم (٤٦) من قانون الجرائم والعقوبات بقولها: "على القاضي عند نظر دعاوى الحدود استفصال المتهم عن جميع مسقطات الحد ويبطل حكم الإدانة إذا ثبت أن القاضي لم يقم بذلك"، وهذا نص واضح في بطلان حكم الإدانة إذا لم يقم

---

(١) انظر ص١٢٣، ١٢٤ من هذا البحث.

(٢) المنثور في القواعد، للزركشي، ٢/٥؛ الأشباه والنظائر، للسيوطي ١/٢٧٥.

القاضي بالبحث عن مسقطات الحدود والأخذ بها.

وبالرجوع إلى هذه الواقعة – وهي الزنى – فإن الزانية عندما رجعت عن الإقرار، دُرِء عنها الحد، وهذا ما جاء واضحًا صريحًا – أيضًا – في القانون اليمني الذي اعتبر الرجوع عن الإقرار في الزنى مسقطًا للحد، وهذا ما نصَّت عليها المادة رقم (٢٦٦) من قانون الجرائم والعقوبات التي تناولت مسقطات حد الزنى، ومنها: ما جاء في الفقرة التاسعة: "رجوع المحكوم عليه عن الإقرار إذا كان حكم الإدانة قد بني عليه"، أي بني على الإقرار، ولكن الظاهر في هذه الواقعة هو أن المحكوم عليها أدينت بناء على إقرارها بالزنى، ولكنها رجعت عن ذلك الإقرار، فكان ذلك الرجوع مسقطًا للحد، وأما تعزيرها بالحبس، فهو موافق لما هو منصوص عليه في المادة رقم (٢٦٧) من قانون الجرائم والعقوبات، حيث نصَّت على ذلك بقولها: "يعزر الزاني والزانية بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات إذا لم تتوفر الشروط اللازمة لتطبيق عقوبة الحد، أو لم يقم الدليل الشرعي الموجب لتطبيق العقوبة، متى اقتنعت المحكمة من القرائن القائمة بثبوت الزنى"، كما أن الحكم على المتهمة بالجلد تسعين جلدة هو عقوبة تعزيرية أيضًا، ولكنها لا تصل إلى عقوبة الحد، وهذا موافق لما نصَّت عليه المادة رقم (١٠٩) من قانون الجرائم والعقوبات، بقولها: "يقدر القاضي العقوبة التعزيرية المناسبة بين الحدَّين الأعلى والأدنى المقررين للجريمة...".

الخـــاتمــــة

حيث إنّ هذه الرّسالة مخصّصة للإفادة من القواعد الأصولية والفقهية في قوانين الأحوال الشخصيّة، والإجراءات الجزائيّة، والجرائم والعقوبات في اليمن، فإنّ هذا يقتضي التصريح بأن الإفادة ممكنة في ذلك، مع بيان أنّ هذه الرّسالة هي في الأصل من قبيل الدراسة الشرعيّة، غير أنها مركزة لكيفية استثمار القواعد الأصولية والفقهية في القوانين، **وفيما يلي ملخص لأهم نتائج الدراسة.**

- تكشف هذه الدراسة عن عدم ظهور دراسات شاملة لبيان أثر القواعد الأصولية والفقهية، وكيفية استثمارها والإفادة منها في القوانين، وهذا ما أشار إليه الدكتور/ جمال الدين عطية، بقوله ــ عن علاقة المقاصد الكلية بالقانون ــ: "إنّ مثل هذه الدراسات مفتقد في إطار الشريعة الإسلامية"[١]، ويرى أنه لابد من معالجة هذا الموضوع عن طريق استكمال دراسة مقاصد الشريعة بالتطبيق العملي لها في نظام المجتمع[٢]، ولهذا فقد جاءت هذه الرّسالة لتبين أنّ الإفادة من القواعد الأصولية والفقهية في القوانين ممكنة فعلاً، وأنها ليست مجرد أفكار نظرية، لأنّ القواعد ليست نصوصًا عشوائية، بل هي نصوص لها أسس وغايات، إذ يُمكن الإفادة منها استهداءً بفلسفة تلك القواعد، عن طريق تفصيلها، وتأصيلها، والنظر في أصولها العامّة، وتطبيقاتها، والعمل بموجبها، وفهمها، وتكوين التصور السليم لها، فكل هذا يساعد في حسن تطبيقها تطبيقًا سليمًا، وتعد هذه الرسالة بيانًا لأهمية استثمار القواعد في القوانين تشريعًا، وتطبيقًا، وتفسيرًا، وهذا يتضح من خلال ما جاء في هذه الدراسة من الأمثلة التطبيقية للقواعد الأصولية والفقهية وأوجه الإفادة المستخلصة من كلّ نوع منها في القوانين موضوع الدراسة، ولكي يزداد هذا الأمر

---

(١) نحو تفعيل مقاصد الشريعة، ١٣٠.

(٢) السابق، نفس الصفحة.

وضوحًا فإنّ هذه الدراسة قد تناولت القانون بجانبيه: المدني، والجزائيّ، لاختلاف مضمونهما، أمّا الجانب المدنيّ فمن خلال قانون الأحوال الشخصيّة، وأمّا الجانب الجزائي فمن خلال قانوني الإجراءات الجزائيّة والجرائم والعقوبات في اليمن.

• اتضح من خلال هذا البحث عدم وجود دراسة تناولت تقسيم القواعد في القانون اليمني كما هو الشأن لدى العلماء؛ وذلك قام الباحث في هذه الرسالة بتفصيل كل هذه الأمور.

• إذا أنعمنا النظر في هذه الدراسة يتبين لنا أنّ القواعد في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمنيّ تتنوع إلى قواعد أصولية، وقواعد فقهية، مع ما بينهما من ارتباط وانسجام، إضافة إلى اختلاف النظرة إلى كلّ منهما، فإنّ القاعدة إذا جرى استعمالها على أنها دليل مساعد في استنباط الأحكام من الأدلّة التفصيليّة كانت أصولية، وإذا نظر إلى نفس القاعدة باعتبار أن موضوعها فعل المكلّف مع تضمنها لعدة أفعال متشابهة في العلة كانت قاعدة فقهية، فالمعنى الذي يدل عليه مضمون القاعدة يمتد إلى الفروع، ولأن اندراج أكثر الجزئيات تحت القاعدة يفيد في ازدياد تلك الفروع ازديادًا مستمرًا بحسب متطلبات العصر ومقتضيات الأحوال والظروف، بحيث تلبي القاعدة حاجة الفقيه في التعرف بسهولة على الحكم الشرعي فيما يتجدد من الجزئيات المندرجة تحت القاعدة، ولكن ينبغي ملاحظة أن هناك فارقًا أساسيًا بين قواعد أصول الفقه وقواعد الفقه، يتمثل في أنّ القاعدة الأصولية هي وسط بين الأدلّة والأحكام فهي التي يستنبط بها الحكم من الدليل التفصيلي، وموضوعها دائمًا الدليل والحكم، أما القاعدة الفقهية فهي قضية كلية أو أكثرية، جزئياتها بعض مسائل الفقه، وموضوعها دائمًا فعل المكلّف، كما ينبغي ملاحظة أنه ما من قاعدة أصولية إلاّ ولها ظلال فقهية، وهذا يعرف من كتب أصول الفقه – ولا سيّما – من الكتب التي خصّصت لتخريج الفروع على الأصول، مثل كتاب: "تخريج الفروع على الأصول"، لشهاب الدّين الزنجاني، وغيره من الكتب الواردة في مراجع هذه الرسالة التي فصّلت أيضًا القواعد الأصولية والفقهية موضوع الدراسة بشرحها، وتحليلها، وبيان معانيها، والقواعد المتعلّقة بكل نوع منها،

وتطبيقاتها، مع بيان أوجه الإفادة منها في القوانين موضوع الدراسة.

- إن تنوع القواعد الأصولية والفقهية إلى أنواع، يمد الفقه الإسلامي بالخصوبة، ويدل على مدى شمول الشريعة الإسلامية واستيعابها للمسائل القديمة والمستجدة، فالقواعد غير محصورة بعدد، وهي منثورة في كتب الفقه العام والفتاوى والأحكام، ومن هنا فإنّ الدّارس لأمهات الكتب الفقهية – لاسيما متقدمي الفقهاء – يستطيع أن يستخرج مالا حصر له من القواعد، ويستفيد منها في تنمية ملكاته الفقهية التي تنير أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسع، ومعرفة الأحكام الشرعيّة في المسائل المعروضة عليه، واستنباط الحلول للوقائع المتجدّدة والمشاكل المتكررة المتعددة وغير المتناهية، وقد جاء الكتاب والسنّة بنصوص عامة يستخلص منها قواعد عامة تكون عونًا للفقهاء على التطبيق مهما تغيرّ الزمن واختلفت البيئات، وبواسطة تلك القواعد يمكن معرفة الحكم الشرعي لكل حادثة في أي زمن.

- إن القواعد الأصولية والفقهية تضبط التفكير الفقهي؛ لأنّ فهم الأحكام واستنباطها يحتاج إلى قواعد تضبط ذلك، فهي تمثل مناهج للاجتهاد في معرفة الأحكام والاقتدار على تخريج الفروع بطريقة سليمة، واستنباط الحلول للوقائع المتجدّدة، كما أن تلك القواعد تفيد في فهم النُصوص الشرعيَّة، واستنباط الأحكام في الوقائع التي لم يرد نصٌ بحكمها، وهذا واضح من خلال بعض قواعد الاجتهاد بالرأي، كقواعد الاستصحاب، وقواعد العُرف، كما أنّ ضبط الفروع والقضايا الجزئية تحت قواعد له أهميته في تنوير الفقيه، والقاضي، والمشرّع للوصول إلى الحكم، فإذا كانت الحادثة لا يوجد فيها نص فقهي أصلاً لعدم تعرض الفقهاء لها ووجدت القاعدة التي تشملها فيمكن عندئذ استناد الفتوى والقضاء إليها والتخريج عليها.

- إنّ القواعد الأصولية والفقهية تفيد في تجديد الفقه الإسلامي، الذي يقصد به: "تنمية الفقه الإسلامي من داخله، وبأساليبه هو، مع الاحتفاظ بخصائصه الأصيلة

وبطابعه المميز"(1) فالفقه الإسلامي يتسم بوجود قواعد دقيقة وأصول تضبط طرائق الاستنباط، ومن هذه التجديدات صياغة الأحكام الفقهية في صورة نظريات تكون بمثابة الأصول التي تنبثق منها فروعها وتطبيقاتها المتنوعة، وهذا التأصيل شبيه إلى حدٍّ ما بما صنعه فقهاؤنا من وضع قواعد تندرج تحتها أحكام جزئية كثيرة، مثل، قاعدة: "**الأمور بمقاصدها**"، و"**المشقة تجلب التيسير**"، و"**الضرر يزال**"، و"**العادة مُحَكَّمَة**"، ولذلك لابد من التوسع في دراسة القواعد الأصولية والفقهية نظرًا لأهميتها في وقتنا الحاضر، وهذا أمر ممكن، وذلك عن طريق الإكثار من التفريعات والجزئيات التي يتم تخريجها على القواعد الأصولية، وضرب أمثلة واقعية في حياتنا المعاصرة، بحيث لا تترك فرصة لاتهام علم الأصول بأنه لا يحقق مقتضيات العصر الحاضر.

- إنه ولكي يتحقق فهم القواعد وتنزيلها على الواقع لابد أن يتصدى لذلك الفهم النخبة من علماء الأمة، حتى يكون ذلك ميسورًا عند وضع التشريعات المناسبة لتطور المجتمعات، ولذلك فإن الاهتمام بالقواعد يزداد تأكدًا وضرورة في عصرنا، لطبيعته، ولما بلغه من ظواهر وحوادث هي في حاجة ماسة إلى معالجتها وسد الفراغ الفقهي في ضوء القواعد، ومن هنا كان من اللازم التصدي لهذه المتطلبات عن طريق أهل العلم وأرباب الاجتهاد.

- إن صياغة التشريعات والتصدي لمعالجة متطلبات العصر ليست بالأمر الهيّن، فلا يكفي فيها الجهد الفردي وحده، بل لابد أن يكون ذلك قائمًا على أساس جهد جماعي، وهذا الجهد تصاغ عن طريقه أحكام الشريعة الإسلامية لتوجيه الأوضاع المستجدة بما يحقق المصلحة، وكما أنّ هذه الصياغة على درجة كبيرة من الأهمية باعتبارها اجتهادا دائمًا لجعل الحياة تتحقق على هدي الشريعة مع تغاير أنماط الحياة وملابساتها، فبقدر ما تكون هذه الصّياغة مسترشدة بالقواعد الأصولية

(1) الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، د. يوسف القرضاوي، ٢٨.

والفقهية بقدر ما يكون في ذلك ضمان لجريان الحياة على هدي الدين المحقق للمصلحة، باعتبار أن القواعد الأصولية والفقهية تعتبر ضوابط منهجية في تفسير النُّصوص واستنباط الأحكام فيما لا نص فيه.

• إنّ القواعد تتميز بإيجاز الصياغة وشمول المعنى، بحيث تصاغ القاعدة في أوجز العبارات وأدقّها مدلولاً على معناها، ممَّا يساعد على سرعة استحضارها وثبوتها في الذهن ويسر استيعابها وحفظها وتذكرها، لخفتها على الأسماع، وهذا يغني كثيرًا عن حفظ الفروع والجزئيات، والرجوع إلى دراستها عند البحث عن حكم الفرع الفقهي في كل مرة يحتاج الفقيه للبحث عنه، فالجزئيات كثيرة وغير متناهية، ولذلك يصعب حفظها، وإن حفظت فهي سريعة النسيان، على عكس القواعد التي تمتاز بسهولة الحفظ، وبذلك يتوفر الجهد على الفقيه في ضبط الجزئيات ومسائل الفروع، ولولا القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعًا متناثرة.

• إن القواعد كثيرًا ما تكون محل إعمال بين العلماء في الإجمال، ولكنهم قد يختلفون في تحديد طرائق الاستدلال بها، وتحديد نطاقها، وتخريج بعض الفروع عليها، كما يتمثل هذا في الاتفاق على العمل بقواعد الدلالات اللغوية، فبعد أن اتفق العلماء على الاعتداد بها، جرى الخلاف بينهم في تحديد طرائق الاستدلال بها، فللجمهور طرائق تختلف عن طرائق الحنفية وبعض العلماء، ولكن اختلاف هذه الطرائق لا يعني إلغاء قواعد الدلالات إجمالا، فالكل متفق على الأخذ بها لفهم النُّصوص، كما أن اصطلاحاتهم – وإن تعددت في بعضها – فإنها جميعًا تكون دليلاً للاستنباط؛ لأن ما تؤديه الألفاظ من معانٍ عن طريق قواعد الدلالات هي طرق ضابطة لفهم النُّصوص الشرعيَّة والقانونية أيًا كان موضوعها، فمناهج الأصوليين في هذا متكاملة يلمس الباحث فيها الدقة، والضبط، وإمكان استخدامها والإفادة منها على مر الأزمنة والعصور، فيها كلّ مقوّمات الثبات والاستقرار والقدرة على ضبط خطوات المفسر التي تعصمه من أي زلل أو انحراف، لأن القواعد تضبط طرائق استنباط الأحكام، سواء عن طريق البيان والتفسير للنَّصوص الشرعيَّة والقانونية، أم عن طريق ملء الفراغ فيما لا نص فيه، بالعرف،

أو الاستصحاب، أو غير ذلك.

• بيّن البحث أهمية القواعد الأصولية والفقهية بالنسبة للعمل القضائي، خاصة في مجال الأحوال الشخصيّة، ومجال القضايا الجزائيّة، فهذه القواعد تضبط تفكير القاضي في فهم وقائع الدعاوى المعروضة عليه، وتساعده في تطبيق القانون تطبيقًا سليمًا، إلا أنه لكي يستفيد القاضي من تلك القواعد لابد أن يتحقق علمه بها أولاً، مع ملاحظة أن أهميتها لا تقف عند المحاكم الابتدائية فقط، بل تمتد إلى المحاكم الأعلى درجة والتي تقوم بمراجعة الأحكام القضائية، فحاجة هذه المحاكم إلى القواعد تزداد، لأن أحكامها تعتبر ملزمة، فتحقق علم هذه المحاكم بالقواعد الأصولية والفقهية يمكنها من مراجعة الأحكام المرفوعة إليها، والأسباب التي بنيت عليها تلك الأحكام ومنطوقاتها، لمعرفة ما إذا كان كلّ ذلك يسير على وفق القواعد الأصولية والفقهية، أم أنّه قد ران عليها الفساد لمخالفتها لتلك القواعد، ومن هنا فإنّ إحاطة القاضي علمًا وفهمًا بالقواعد سيترتب عليه صحة الأحكام التي يصدرها من حيث الواقع أو القانون، وهذا يعصم أحكامه من العيوب التي قد تلحق بها، وهو ما سيؤدي إلى قلّة نقض الأحكام، والمساعدة في القضاء على ظاهرة بطء التقاضي، كما أن القضاة بحاجة إلى فهم القواعد؛ لحسم الدعاوى المنظورة أمامهم إذا لم يجدوا نصًا قانونيًا في الوقائع المنظورة أمامهم؛ لأن أي قانون مهما اتسعت مواده وتشعبت أبوابه وتعددت فصوله لا يمكن أن تحيط نصوصه بجميع الوقائع التي يختصم فيها الناس.

• إن ذكر القانون اليمني لبعض القواعد الأصولية والفقهية لا يعني أخذ القاضي بها وحدها دون سواها من القواعد، لأنّ النّصّ على بعض القواعد يدل على الأخذ بما سواها، إذ القاضي بحاجة إليها بلا شك في فهم وقائع الدعاوى المرفوعة إليه وفي صياغة الأحكام القضائية، لأنها تعينه على تعليل الأحكام وتسبيبها وإصدار منطوقها إصدارًا سالمًا من الخلل.

• إنه لابد من تدريب القاضي على تطبيق القواعد الأصولية والفقهية باعتبارها ضابطة لتفكيره، ولهذا فإنه يجب عليه أن يعي تلك القواعد مبكرًا قبل أن يعتلي

منصة القضاء، حتى يعتاد على فهمها الفهم الكافي والسائغ، كما يجب أن تعقد للقضاة دورات لدراسة القواعد بين فترة وأخرى لاستمرار فهمها وتطبيقها على الواقع.

- إن القواعد الأصولية والفقهية تفيد في سلامة تطبيق نصوص القانون، فهي تعتبر أسسًا يلتزم بها القاضي فتفيده في التثبت من الأمور قبل اتّخاذ القرارات، وبناء الأحكام القضائية على اليقين وطرح الشكوك، وتحقيق وقائع الدعوى قبل الفصل فيها، وفهم مقاصد المكلّفين من التصرفات والأقوال والأفعال، كما أن قواعد مقاصد المكلّفين ترشد القاضي إلى أساليب رفع الضرر بعد وقوعه وقبل وقوعه أحيانًا، وإلى عدم التعسف بالخصوم عند التقاضي، وتكشف له كيفية الاستعانة بكل الوسائل المعاصرة الممكنة المتاحة لتحقيق وقائع الدعاوى ورفع كل اشتباه فيها، وتبيّن القواعد أن على الدول إمداد القاضي بالمعلومات التي يطلبها، وتمكينه أيضًا من استخدام كافة السبل لاستخراج حقوق الغير من الممتنع عن أدائها.

- توضح القواعد الأصولية والفقهية أن الأخذ بها يؤدي إلى استقرار الأحكام القضائية وعدم تعارضها في المحاكم الأعلى درجة والأدنى منها، مع ما يترتب على ذلك من عدم إطالة أمد التنازع، وتوضح تلك القواعد أيضًا أنّ للقضاء دور هام في الحفاظ على أموال المسلمين بصفة عامة، لا سيما الضعفاء منهم، كالأيتام، والغائبين، والمفقودين، وفاقدي الأهلية، وذلك من خلال إشراف القضاء على تصرفات الأولياء والأوصياء على هؤلاء الضعفاء، وإقرارهم عند أمانتهم، وعزلتهم ومحاسبتهم عند خيانتهم.

- أن القواعد الأصولية والفقهية تفيد القاضي في الجانب الجنائي في التطبيق السليم لنصوص التجريم والعقاب، والتكييف السليم للجرائم والتحقق من توافر الشروط اللازمة للتجريم والعقاب، ليكون القضاء بالعقوبات متناسبًا مع الجرائم، وتفيده أيضًا في التحري والبحث عن الشبهات المسقطة للعقوبات، وبناء الأحكام القضائية على اليقين، ومعاملة المتهم على أساس البراءة، ومحاكمته محاكمة عادلة،

وتفسير الشك لمصلحته، إضافة إلى أن فهم القاضي للقواعد يعينه على تحديد نوع الوسيلة المستعان بها في تحقيق كلّ هذه الأمور وتحقيق وقائع الدعوى قبل الفصل فيها، وعلى تجنيب القاضي نفسه كلّ مواطن الشبهات التي تحوم حول عدالته، وإصداره للأحكام القضائية بوضوح ينتفي معه جهالتها، وكل ذلك يترتب عليه سلامة منطوقها ومفهومها وأسبابها، إضافة إلى أن القواعد تفيد القاضي في التدرج بوسائل الردع والتحديد الدقيق لنوع العقوبة ومقدارها.

- إن لفهم القواعد الأصولية والفقهية أهميتها في تنفيذ أحكام القضاء، تتمثل في تنفيذ العقوبات المحكوم بها دون زيادة أو نقصان على العقوبات المحكوم بها، ودون تعسف بالمحكوم عليه، أو الإضرار به أضرارًا زائدة على ما هو محكوم عليه به.

- إنّ القواعد الأصولية اللغوية لها أثر هام في الجانب القضائي، فهي تفيد القاضي في التطبيق السليم لنصوص القانون، إذ إنّه لإمكان ذلك ينبغي عليه الوقوف على المعنى الحقيقي والنطاق الدقيق للقانون، ويتم ذلك عن طريق فهم القواعد اللغوية في دلالات الألفاظ على معانيها بمنطوقها ومفهومها التي يُفسّر بها القانون للاستدلال على ما تضمنه قواعده من أحكام وتحديد معانيها، حتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية، كما أنّ القاضي يفيد من القواعد اللغوية في فهم التصرفات من الأقوال والأفعال في الدّعاوى المرفوعة إليه، وفي تحرير الأحكام القضائية وصياغتها صياغة سليمة شاملة لما قدّمه الخصوم في أثناء التقاضي؛ لأن سلامة الصياغة تجعل القاضي مطمئنًا إلى ما قدمه الخصوم، وتجعله متتبعًا لوقائع القضايا لتلافي أي قصور، ومن ثمّ يتفرّغ لصياغة أسباب الحكم ومنطوقه صياغة رصينة واضحة موجزة بعيدة عن التكرار والتطويل الممل، والتقصير المخلّ، مع تسلسل أسباب الحكم وترابطها واتفاقها مع المنطوق، إضافة إلى هذا كله فإنّ قواعد دلالات الألفاظ على معانيها بمنطوقها ومفهومها تفيد القاضي في معرفة أوجه الاستدلال بما قدّمه الخصوم من مستندات، وتفيد في تصحيح المحاكم الأعلى درجة لأحكام المحاكم الأدنى.

- إن فقهاء القانون يستخدمون القواعد الأصولية اللغوية في دلالات الألفاظ

على معانيها بمنطوقها ومفهومها؛ لفهم مدلولات النُصوص القانونيـــة، وتفـــسيرها كمنطلق لتطبيقها، ولذلك فقد استخدموا كثيرًا من مصطلحات علماء الأصـــول فـــي هذه القواعد، نظرًا لأهميتها في تفسير النُصوص الشرعيّة والقانونية على السواء.

- أنّ القواعد الأصولية والفقهية المتعلّقة بالاجتهاد بالرأي؛ مثل: قواعد العرف، وقواعد الاستصحاب، تفيد القاضي كثيرًا في حل المنازعات، حيث يمكنه الاســتناد إلى قواعد العرف في تصديق قول أحد المتداعيين إذا لم توجد لأحدها بينـــة، وفـــي رفض بعض الدّعاوى التي يكذبها العرف، وفي تقييد التصرفات والعقود المطلقـــة، وفي عدم إقرار العادات الضارة، وفي حفظ حقوق المتعاملين والمتخاصمين، وفـــي التطبيق السليم لنصوص القانون، كما أنّ قواعد العرف تفيد القاضي الجنـائي فـــي التثبت من حقيقة الدعاوى، وتحديد مدى انطباق نصوص التجريم والعقـــاب علـــى الوقائع المنظورة أمامه، وفي التكييف الـــصحيح للجـــرائم، وفـــي الإعـــذار عنـــد الضرورات الجاري بها العرف، وفي الحرص على أدلّة الخصوم، وفي فحص مـــا تتطلبه القضايا الجنائيّة كالرجوع إلى أهل الاختصاص لمعرفة نوع الإصابات، كما أنّ قواعد العرف تفيد في استخدام أسرع الآلات في تنفيذ العقوبات.

- أنّ قواعد الاستصحاب تفيد القاضي في اعتماد اليقـــين والاحتيـــاط وطـــرح الشكوك عند نظر الدّعاوى، وفي عدم التسرع في إهدار الحقوق وفسخ العقود حتى يثبت لديه ما يقتضي عكس ذلك، وتفيده في القضاء بظاهر البيّنات، وفـــي تحديـــده لأسلوب الإلزام بالإثبات، وأن لا يرتب أي أثر سيئ على المتهم لمجـــرد الاتهـــام، وأنّ يبني أحكامه على الجزم واليقين، واستصحاب براءة الذمة، ودفـــع العقوبـــات بالشبهات، وتَثَبُّتِه من انطباق النّصّ القانوني على الواقعة المنظورة أمامه، وكلّ هذا يترتب عليه حسن التطبيق لنصوص التجريم والعقاب، واستقرار الأحكام القضائية، وحسن تنفيذها.

- إنّ القواعد المتعلّقة بمقاصد المكلّفين تفيد القضاء المدني في تفـــسير العقـــود والتصرفات لإثبات الحكم القضائي المناسب، أو تطبيق الجزاء القانوني المناســـب،

وهي عونٌ للقاضي في التمييز بين التصرف المعتاد وغير المعتاد، وفي عدم اعتبار بعض التصرفات في بعض الأحوال، كالجنون، والإكراه، وفي إعانة القاضي على اكتشاف سوء النيات في بعض التصرفات والعقود، والتعرف على مقاصد المكلّفين غير الظاهرة من خلال دلالات الأحوال، وفي التمييز بين التصرفات والعقود الصريحة وغير الصريحة، وهذه القواعد أيضًا تفيد القضاء في الجانب الجنائي في تمكين الخصوم من التعبير عن وقائع الدعاوى بكل ما يدل على ذلك، وفي تحقيق العدل، وفي إبعاد القاضي نفسه عن مواطن الظلم، وفي اتّخاذه الإجراءات المناسبة لمعرفة مقاصد أطراف الخصومة والشهود، وفي تحديده لأطراف الدعوى تحديدًا دقيقًا، وتوجيه الحكم الجزائي إليهم دون غيرهم، وفي بناء التجريم والعقاب على اليقين لا على الاحتمال، وفي إعانة القاضي على التكييف القانوني المناسب للجرائم في الوقائع المنظورة أمامه، وفي التفرقة بين ارتكاب الجرائم حال الاختيار وبين ارتكابها حال الاضطرار، وفي كشف الشبهات المسقطة للعقوبات، وفي تحديد مدلولات الألفاظ في بعض الجرائم كالقذف من خلال الرجوع إلى مقاصد اللافظ.

- إنّ القواعد الأصولية التشريعيّة تفيد في فهم القانون وسلامة تطبيقه، وفي تفسير القاضي للعبارات الواسعة في القانون على أساس تلك القواعد من رفع الحرج ورفع الضرر، و في التدرج في إجراءات التقاضي من الأسهل إلى الأشد، وفي مرونة طرق البحث عن حقيقة الدّعاوى، وفي استناد القاضي إلى تلك القواعد عند إصدار الأحكام القضائية إضافة إلى أن تلك القواعد تفيد في التقليل من الاختلاف في الأحكام القضائية، وتقليل المنازعات أمام القضاء.

- أمّا في القضاء الجنائي فإنّ القواعد المقاصديّة التشريعيّة تفيد في تمكين القاضي لأطراف الخصومة من استعمال كافة حقوقهم الممنوحة لهم قانونًا، وفي تحديد المسئوليات وعقوبات الجرائم بدقة، وفي عدم إلحاق الضرر بالأمة عند المحاكمات الجزائيّة، وفي استفصال كلّ ما يدرأ العقوبات، وفي الإعذار للجاني عند ارتكابه لجريمة ما بسبب استعمال حقّ أو عند الضرورات، وفي فهم مجالات استبعاد العقاب، ومجالات الأعذار المخففة من العقاب وأحوال تأجيل تنفيذ

العقوبات، وفي الأخذ بالتفسير الواسع بالنسبة للأسباب المانعة من العقاب، وكلّ هذا يؤدي إلى التطبيق السليم لنصوص القانون، وفي التطبيق السليم للأحكام القضائية.

- إننا نستطيع من خلال القواعد الأصولية والفقهية الوصول إلى معالجة قضايا العصر وصياغتها في مواد قانونية، لأنّ المقارنة بين الفقه والقانون وسيلة مطلوبة لتجديد القوانين[1]، وهذا بفضل وجود القواعد والمبادئ العامّة التي تؤكد عموم الشريعة في المكان والزمان واتساعها لما يستجد من الحوادث فلا تضيق بشيء أبدًا، إذ يستطيع المجتهدون تفريع الأحكام على هذه القواعد والمبادئ العامّة وتطبيقها على جزئيات الوقائع في مختلف الأزمان بما يحقق مصالح الناس، فمن حكمة الله تعالي أن جعل أحكام المعاملات في مبادئ وأصول كلية مجملة وغير مفصلة ليكون تفصيلها وتفسيرها وفق مطالب الحياة.

- أنّ علاقة القواعد الأصولية والفقهية بالتشريعات تقوم على أساس أن هذه القواعد تعتبر بمثابة قيود عند التشريع، بحيث يكون التشريع قائمًا على أساس مصلحة الأفراد والجماعة، بما يعود عليهم بالنفع، وبما لا يخالف نصوص الشريعة الصريحة أو يخرج على مبادئها العامّة وروح التشريع فيها، لذلك فإنّ الإشارة في المذكرات الإيضاحية إلى المصدر الذي استقى منه الحكم في كل مادة يؤدي إلى أن يكون بوسع الباحث، أو المحقق، أو الدارس، أو القاضي تتبع تلك المصادر للوقوف على صحة تلك الأحكام ومعرفة مكانتها ومدى قوة حجيتها إذا لزم الأمر.

- إن القواعد الأصولية والفقهية تفيد في توحيد القوانين في الدّول الإسلامية بعيدًا عن العصبية المذهبية التي تقوم على التقليد الأعمى دون مراعاة لأدلّة بعض الأقوال الفقهية، ممّا يؤدي إلى الإسراع في اتباعها وترك القول الآخر[2]، ولا يخفى ما للقواعد الأصولية والفقهية وخصوصًا القواعد المقاصديّة التشريعيّة من أهمية

---

(١) الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، د. يوسف القرضاوي، ٣٩.

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، ١/٩١.

وفائدة ملموسة بالنسبة لواضعي التقنيات المستمدة من الفقه الإسلامي وبالنسبة لعلماء التدريس؛ لأنّ القواعد المقاصديَّة التشريعيَّة تكاد تتفق عليها جميع المذاهب باعتبارها من القواعد العامَّة في الشريعة، وعلى هذا فإن المشرع واضع القوانين لا حرج عليه في اختيار التقنينات وفقًا لهذه القواعد، لأن عملية التقنين في العصر الحاضر أصبحت سمة من سمات إنهاض الفكر الإسلامي، ومن السبل الموصلة إلى ذلك أن يعمل القائمون بوضع التشريعات (أو التقنينات) المستمدة من معين الفقه الإسلامي على اختيار الأنسب من الآراء الفقهية المتعددة في المسالة الواحدة، لجعل التقنين المختار يتفق مع المصلحة العامَّة في هذا العصر، بحسب القواعد المقاصديَّة للتشريع من التيسير ورفع الحرج ودفع الضرر ومراعاة أحوال الناس، وهذا لا يتأتى إلاّ بفهم تلك القواعد فهماً دقيقًا، ومن المبادئ المساعدة على ذلك مبدأ دفع الحرج، أو خاصية اليسر والسماحة التي قامت عليها الشريعة، فهذا من أبرز مقومات خلود الشريعة، ومبدأ مراعاة مصالح الناس وحاجاتهم المتجددة التي تتفق مع روح الشريعة، غير أنه لمَّا كان معظم أعضاء المجالس النيابية لا يستطيعون معرفة ما إذا كان مشروع القانون موافقًا أو مخالفًا للأحكام الشرعيَّة فإن الأمر يتطلب وجود لجنة من القادرين على معرفة هذه الأحكام لملاحظة ذلك(1)، وأساس تحديث التقنين هو أنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، كما هو معروف مشهور، وذلك بسبب تغير العرف، أو تغير مصالح الناس، أو مراعاة الضرورة، أو لتطور الزمن وتنظيماته المستحدثة، فيجب تغير الحكم الشرعي لتحقيق المصلحة ودفع المفسدة، وإحقاق الحق والخير، ومما ينبغي ملاحظته أن الأحكام القابلة للتغيير أو التطوير هي المستنبطة بطريق القياس أو المصالح المرسلة، وذلك في نطاق المعاملات، أو الأحكام الدستورية، والإدارية والعقوبات التعزيرية، ممَّا يدور مع مبدأ إحقاق الحق وجلب المصالح ودرء المفاسد، أما ما عدا ذلك من الأحكام

(1) بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون، أصول القانون مقارنة بأصول الفقه، د. محمد عبد الجواد محمد، ١٣٦.

الأساسية المقررة لغاية تشريعية، أو مبدأ تنظيمي عام، فهي أمور ثابتة لا تقبل التطور، مثل أصول العقيدة، والعبادات، والأخلاق، وأصول التعامل؛ مثل مبدأ الرضا في العقود، ووفاء العاقد بعقده أو عهده، وضمان الضرر اللاحق بالغير، وتحقيق الأمن والاستقرار، وقمع الإجرام، وحماية الحقوق الإنسانية العامّة، ومبدأ المسؤولية الشخصيّة، واحترام مبدأ العدالة والشورى[١].

- ومما ينبغي ملاحظته أيضا أنه من الضروري أنْ يأخذ التقنين قبل صدوره حظه الكامل من البحث، والمناقشة من المختصين على ضوء أرجح الأدلّة، فالشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، فإذا ظهر قصور في التقنين فإنّ تداركه ميسور ما دام أنّ المرجع الوحيد له هو الشريعة الإسلامية، ولا شك في أنّ فهم القواعد الأصولية والفقهية من قبل المختصين بصياغة القوانين يساعد كثيرًا على إيجاد تقنيات تستجيب لكل طارئ، ومن هنا فإنّ القواعد الأصولية والفقهية تساعد في البناء المعرفي القانوني نظرًا لوجود مسائل قانونية معاصرة تفرزها الحياة اليومية بما فيها من مستجدات وكل ذلك يحتاج إلى توضيح الجانب الشرعي والقانوني لها، ولهذا يلزم الرجوع إلى تلك القواعد، وإعمالها في هذه المسائل والقضايا، كقضايا الأحوال الشخصيّة والجنايات.

- إن الضرورة تستدعي الإفادة من القواعد الأصولية والفقهية في القوانين من حيث الناحية الشكلية المتعلّقة بفنون الصياغة التشريعيّة، والبلاغة اللغوية المتمثلة في إيجاز النُصوص وتلافي العيوب، وذلك بالاستعانة بالقواعد الأصولية اللغوية، فهي خير معين على ذلك، فهي تفيد في إصدار قوانين سالمة من العيوب والخلل قدر الإمكان، وتفيد في فهم نصوص مواد القانون وشرحها، وإصدار المذكرات الإيضاحية للقوانين بوضوح، أي أن الواقع العملي في القوانين يستدعي العمل بالقواعد الأصولية والفقهية، وذلك لتلافي ما قد يظهر في التشريع من قصور بعد

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، أ.د. وهبة الزحيلي، ١/١٣٩.

تطبيقه، نظرًا لتغير الظروف والأحوال.

- إن فهم القواعد الأصولية والفقهية يساعد على وضع أحسن التشريعات في مجال التقاضي، فمنع القاضي من القضاء وقت الجوع ووقت الغضب مثلاً فيه مراعاة لمقصد من مقاصد الشريعة وهو دفع الضرر، إذ إنّ المقصد من منع القاضي في مثل هذه الظروف هو درء ما يشغله عن تحقيق العدل والوقوع في الظلم والتعدي.

- إنّ القواعد الأصولية والفقهية تسهل على رجال التشريع والقانون فرصة الاطّلاع على الفقه بروحه ومضمونه وأسسه وأهدافه وتقدم العون لهم باستمداد الأحكام منه ومراعاة الحقوق والواجبات.

- أن فهم القواعد الأصولية والفقهية يسهل فهم القانون وتطبيقه، لأنّ الغاية المقصودة من كلّ القوانين في أيّة أمة هي تطبيق موادها وأحكامها على أفعال الناس وأقوالهم وتعريف كلّ واحد بما يجب عليه وما يحرم عليه.

- إنّ للقواعد الأصولية والفقهية فائدتها في تنوير عقل المسلم بصفة عامة، والمتخصصين في إعداد التشريعات، والقضاة الذين يقع عليهم عبء تطبيق القانون، بصفة خاصة.

- إنّ القواعد الأصولية والفقهية يؤدي فهمها إلى توسيع مدارك الباحث في الدراسات الشرعيّة وتنمية معارفه، وزيادة استيعابه في إنزال الوقائع المتجددة على أساس القواعد، ففهم القواعد الأصولية والفقهية يفيد في إكساب العقل القدرة على التفكير، والاستنتاج، والاستدلال، والاستقراء، والتحليل، والنقد، للوصول إلى التعامل مع المتغيرات المجتمعية المتسارعة بوسائل تناسب تلك المتغيرات، لأنه من غير المجدي التعامل مع المتغيرات المتسارعة بنفس الوسائل التي كنا نتعامل بها مع مرحلة سابقة؛ أي أن فهم القواعد الأصولية والفقهية والاجتهاد فيها له أهميته في تأصيل التفكير الذي يهتم بالتخطيط والفكر قبل الفعل، ويمتلك القدرة والمرونة على المتابعة في التفكير ومراجعة النتائج والاكتشاف لمواطن الخلل، ويحدد أسباب

القصور عن إدراك النتائج ومواطن التقصير ويحدد الأهداف المرحلية والإستراتيجية، ويضع البرامج، ويتبنى الوسائل ويحدد المسئوليات.

- أنّ القواعد الأصولية والفقهية تمكن من امتلاك أدوات البحث والمعرفة وإمكانية النظر في المآلات والعواقب، ليصبح التفكير مستبينًا يُحسن التعامل مع الأسباب والمقدمات، وتطوير كثير من المباحث الشرعيَّة والدراسات الأصولية والقانونية على نحو التعليل والمصالح ومنع الذرائع.

- أن فهم القواعد الأصولية والفقهية يساعد في بناء الفقه والتشريع على ضوء الكثير من تلك القواعد؛ لأن كثيرًا من النظريات والتشريعات لها علاقة بتلك القواعد؛ مثل نظرية الضمان، والضرورة، والالتزام، والعرف، والقصود، وغير ذلك، ممَّا كان له الأثر الواضح في تطوير المجال المعرفي، والقانوني، وميدان التقاضي العائد على أهله وأربابه بالعدالة والخير، وبهذه الدراسة لما ذكرته من قواعد أصولية وفقهية يمكن إعطاء طالب الشريعة الإسلامية كثيرًا من المعرفة بأوجه الإفادة من تلك القواعد في القوانين بمجاليها المدني والجنائي، ليعلم طالب الشريعة مدى سموّ الشريعة الإسلامية، ووفائها بحاجات البشر في كلّ زمان ومكان، وقدرتها التامة على تحقيق الخير والعدل والسعادة والأمن والاستقرار للناس.

- أثبت هذا البحث من خلال الدراسة التطبيقية للقواعد الأصولية والفقهية على بعض الأحكام القضائية الصادرة من المحكمة العليا في اليمن أهمية تلك القواعد في سلامة إجراءات التقاضي، وحسن تطبيق القانون، وسلامة تسبيب الأحكام القضائية للوصول إلى منطوق واضح لتلك الأحكام.

التوصيات:

- يوصي الباحث بوجوب إنشاء إدارة في كل محكمة -أو في كل محكمة استئنافية على الأقل- بحيث تعنى هذه الإدارة بانتداب الخبراء؛ فتقوم بدراسة القضية من كل جوانبها، وتحديد نوع الخبير، ويكون لهذه الإدارة سجلّ بالجهات

والأشخاص الذين يعتبرون خبراء في كافة المجالات، بحيث إذا كانت القضية المنظورة أمام القضاء تتطلب خبيرًا فإنه يكون من السهل على القاضي انتدابه. إضافة إلى أن استحداث تلك الإدارة يعتبر عاملاً مساعدًا في سرعة الفصل في القضايا، ويمكن أن تُسمى تلك الإدارة: إدارة انتداب الخبراء. أو أي مسمّى آخر يدل على اختصاصها.

- يوصي الباحث بالتحري في تعيين قضاة المحكمة العليا ممن يتحقق فيهم الفهم والاستيعاب للقواعد الأصولية والفقهية؛ لأن المحاكم العليا أكثر وضوحًا وحسمًا ودقةً في أحكامها من المحاكم الأدنى درجة.

- يوصي الباحث بإنشاء هيئة تشريعية عليا تجمع بين أعضائها من الشرعيين والقانونيين والمختصين في فروع الاجتماع والاقتصاد وكافة المجالات، وتكون مهمة هذه الهيئة مراجعة أي تشريع يصدر؛ لكي تتأكد من عدم مخالفته للشريعة الإسلامية، بعد أن يُعرض أي قانون على لجان متخصصة من كافة المجالات، وعلى أن يكون صائغو القوانين على دراية تامة بقواعد الدلالات اللغوية من أجل سلامة منطوقات تلك النصوص القانونية ومفهوماتها؛ ولذلك فإنه لابد أن يكون سن القوانين أو تعديلها أو إلغاؤها عن طريق تلك اللجان، بجانب رجال القانون والقضاء، إضافة إلى علماء متبحرين في القواعد الأصولية والفقهية.

- يوصي الباحث بوجوب إعداد الدولة دورات تدريبية للقضاة وأعضاء النيابات لدراسة واستيعابات التشريعات، وبوجوب زيادة عقد الندوات والمؤتمرات التي يلتقي فيها أساتذة القانون وأساتذة الشريعة الإسلامية وأساتذة اللغة العربية؛ لأن تبادل الآراء فيما بينهم ستكون فائدته للتشريع أمر لا شكّ فيه.

- يوصي الباحث بتطوير الدراسات في كليات الحقوق وكليات الشريعة والقانون؛ وذلك بإنشاء قسم خاص يُسمى: قسم صياغة التشريعات، على غرار أقسام فروع القانون المختلفة، و تزويد المنستبين إليه بدراسة القواعد الأصولية والفقهية واللغوية، واستمرار عقد الندوات والدورات لهؤلاء بعد تخرجهم، بحيث تكون صياغتهم للتشريعات صياغة سليمة إذا ما أسند إليهم المشاركة في ذلك، ثم

تعرض هذه الصياغة على الهيئة التشريعية العليا؛ لأن الإلمام بالقواعد الأصولية والفقهية يفيد في فن صياغة القانون، وإيجاز النصوص.

- يوصي الباحث بزيادة المقررات الأصولية في كليات الحقوق وكليات الشريعة والقانون، والمراكز العلمية المتخصصة في تدريب رجال القضاء؛ كالمعهد العالي للقضاء؛ لأن القدر الذي يدرسه الطالب في هذه الكليات لا يتناسب مع أهمية القواعد الأصولية والفقهية في صياغة القوانين وحسن تطبيقها؛ لأن دراسة القواعد الأصولية تضبط التفكير القضائي، وهو ما ينعكس أثره على التطبيق السليم للقانون، والتقليل من الأخطاء في الأ حكام القضائية.

- يوصي الباحث باستحداث مقرر دراسي خاص في كليات الشريعة والحقوق تحت مسمى: قسم تفعيل القواعد الشرعية في القوانين؛ بحيث يتناول هذا المقرر دراسة القواعد الأصولية والفقهية، وكيفية تفعيلها وتطبيقها في فروع القانون، على أن يكون هذا المقرر في كل سنة من سنوات الدراسة على الأقل؛ وذلك لما في القواعد من مرونة تجعلها صالحة للاعتماد عليها في سن القوانين بحسب المتغيرات.

- يوصي الباحث بضرورة إنشاء مجمع فقهي قانوني يضم كافة البلدان الإسلامية من أجل توحيد القوانين، حيث قد أثبتت هذه الدراسة مدى مرونة القواعد الأصولية والفقهية في معالجة كل ما يُستجد؛ ولذلك فإن هذه القواعد تعتبر عاملاً مساعدًا في توحيد القوانين في الدول الإسلامية كافة، وأعتقد أن بإمكان منظمة المؤتمر الإسلامي توحيد القوانين في الدول الإسلامية، وذلك بأن تدعو إلى إنشاء مثل هذا المجمع، وتدعو بالطلب إلى دول منظمة المؤتمر الإسلامي بانتخاب كل دولة خبيرين أو ثلاثة من الفقهاء في الشريعة الإسلامية والقوانين، ومن فقهاء اللغة، وهؤلاء بدورهم ينتخبون لجانًا فرعية في شتى المجالات، ويمكن أن يتكون هذا المجمع من ثلاث لجان: الأولى: "لجنة اقتراح سن القوانين وتعديلها" وتضم فقهاء في الشريعة الإسلامية بصفة عامة، إلى جانب بعض المختصين في علم

القواعد بصفة خاصة، كما تضم فقهاء في القانون بجميع فروعه. واللجنة الثانية: "لجنة صياغة القانون"، وتتكون هذه اللجنة من المتخصصين تخصصًا دقيقًا في القواعد الأصولية واللغوية؛ بحيث تقوم هذه اللجنة بصياغة القوانين صياغة دقيقة. واللجنة الثالثة: "لجنة إقرار القانون" وتتكون هذه اللجنة من اللجنتين السابقتين.

- يوصي الباحث بإعادة صياغة بعض النصوص القانونية بما يتفق مع القواعد الأصولية والفقهية؛ من ذلك:

- تعديل ما جاء في المادة الثانية من قانون الجرائم والعقوبات من أنه: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون" ليصبح النص: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون منبثق من الشريعة الإسلامية"، فهذا التعديل فيه مراعاة للدقة والاحتياط في أن يكون القانون الذي يحدد الجرائم والعقوبات منبثقًا من الشريعة الإسلامية.

- تعديل ما جاء في المادة رقم (٢٨٣) من قانون الجرائم والعقوبات من أنه "يُعاقب بالجلد ثمانين جلدة حدًا كل مسلم بالغ عاقل شرب خمرًا، فإذا شربها في محل عام جاز تعزيره، بعد إقامة الحد بالحبس مدة لا تتجاوز سنة..."، ليصبح هذا النص: "يُعاقب بالجلد أربعين جلدة حدًا كل مسلم بالغ عاقل شرب خمرًا، ويجوز تعزيره ثمانين جلدة عند مجاهرته بذلك أو عن العودة إلى شربها"؛ لأن هذا الوصف لجلد شارب الخمر (أربعين جلدة) هو الأولى؛ لأن النص السابق المقترح تعديله جعل الحد ثمانين جلدة لشارب الخمر، علما بأن الزيادة على الأربعين جلدة هي من باب التعزير وليست حدًا.

- تعديل المادة رقم (٦٢) من قانون الجرائم والعقوبات التي جاء فيها: "إذا طلب الورثة البالغون الحاضرون القصاص يُنفّذ، ولا يُنتظر بلوغ القاصر أو شفاء المجنون؛ إذ لا ولاية لهما، ولا يُنتظر حضور الغائب الذي خفي مكانه، أما الغائب المعلوم مكانه فتتولى النيابة العامة تحديد موعدًا مناسبًا (هكذا) تعلمه به، فإذا لم يحضر نفّذ القصاص بدون حضوره، ولا حقّ لهم بعد تنفيذ القصاص في المطالبة بالدية والأرش"، بحيث يكون التعديل بإلغاء ما ورد في آخر هذه المادة من أنه "لا حق لهم بعد تنفيذ القصاص في المطالبة بالدية والأرش"؛ وذلك باستبدالها بعبارة:

"ولهم الحق في المطالبة بالدية والأرش بعد تسليم المطالب من الورثة القصاص – من قاتل مورثهم– نصيبهم من الدية"؛ لأن هذا التعديل يحفظ مصلحة القاصر والمجنون والغائب المتمثلة في حفظ نصيبهم من الدية والأرش؛ ولذلك لابد من أخذ التعهد والالتزام من المطالب من الورثة بالقصاص من قاتل مؤرثهم بدفع نصيب القاصر بعد البلوغ والغائب بعد عودته، والمجنون بعد إفاقته إذا طالب أحد منهم بذلك.

– تعديل النصوص القانونية المتعلقة بتوثيق عقد النكاح والطلاق بما يتناسب مع القواعد الشرعية من أنه "**لا ضرر ولا ضرار**"، وقد سبق فصيل ذلك في ثنايا البحث.

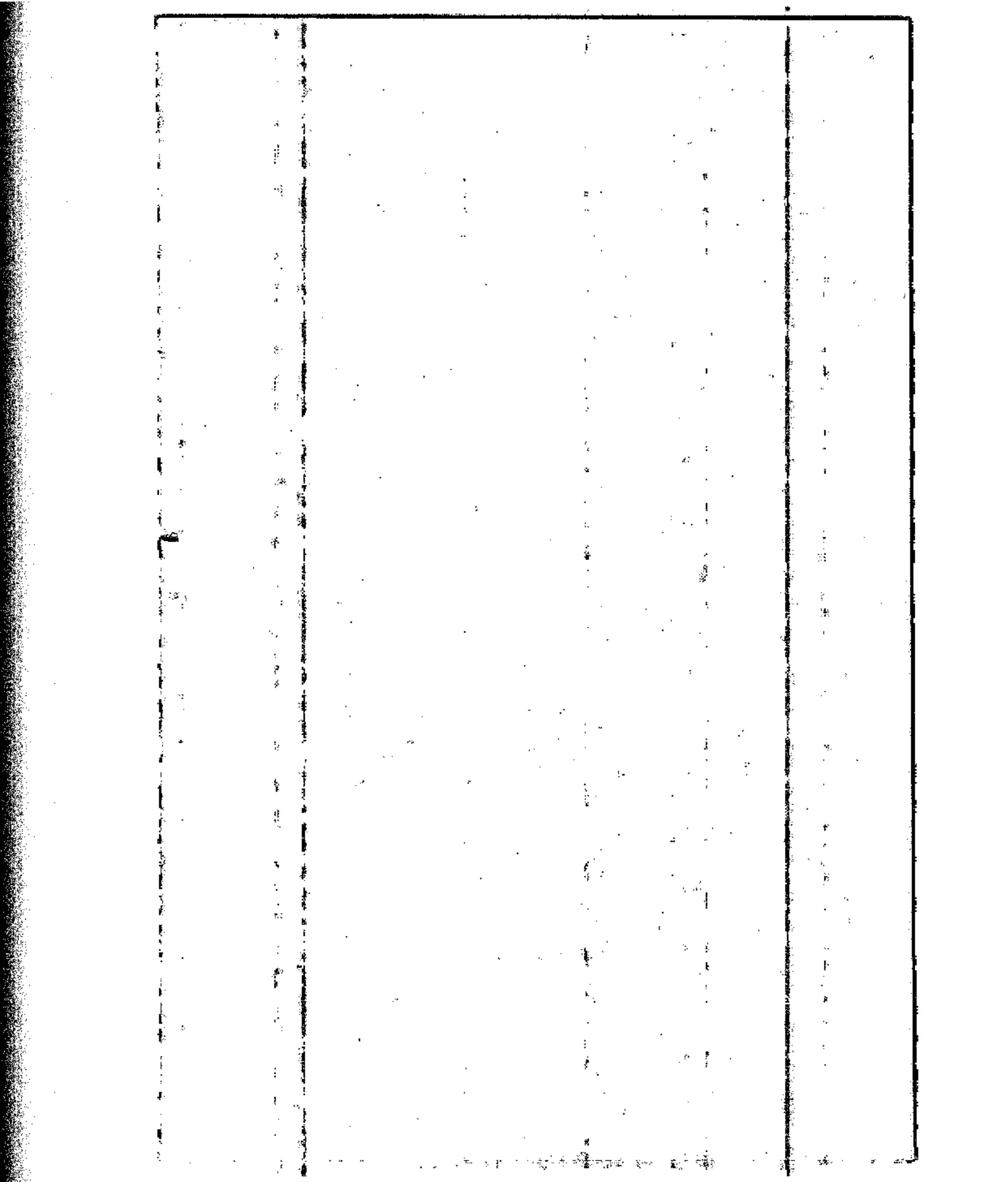
- يوصي الباحث بإيجاد نصوص تشريعية زاجرة تجرم إيذاء الوالدين أو أحدهما من قبل الأبناء، وتحديد عقوبة رادعة لذلك، وإيجاد نص تشريعي يضع عقابًا لمن يساعد غيره على قتل نفسه، أو يسهل له الطريق، أو يرشده إلى ذلك.

- يوصي الباحث بأن يجعل القانون اليمني مكان تنفيذ العقوبات مكانًا عامًا؛ بحيث يتحقق الردع والزجر للجميع، بحيث لا يتقصر مكان تنفيذ العقوبات –لاسيما عقوبة القتل والقطع حدًا وقصاصًا، وعقوبة الجلد والرجم– على المنشأة العقابية إلا في أحوال الضرورات التي يُخشى فيها هرب المحكوم عليه أو خطفه أو غير ذلك.

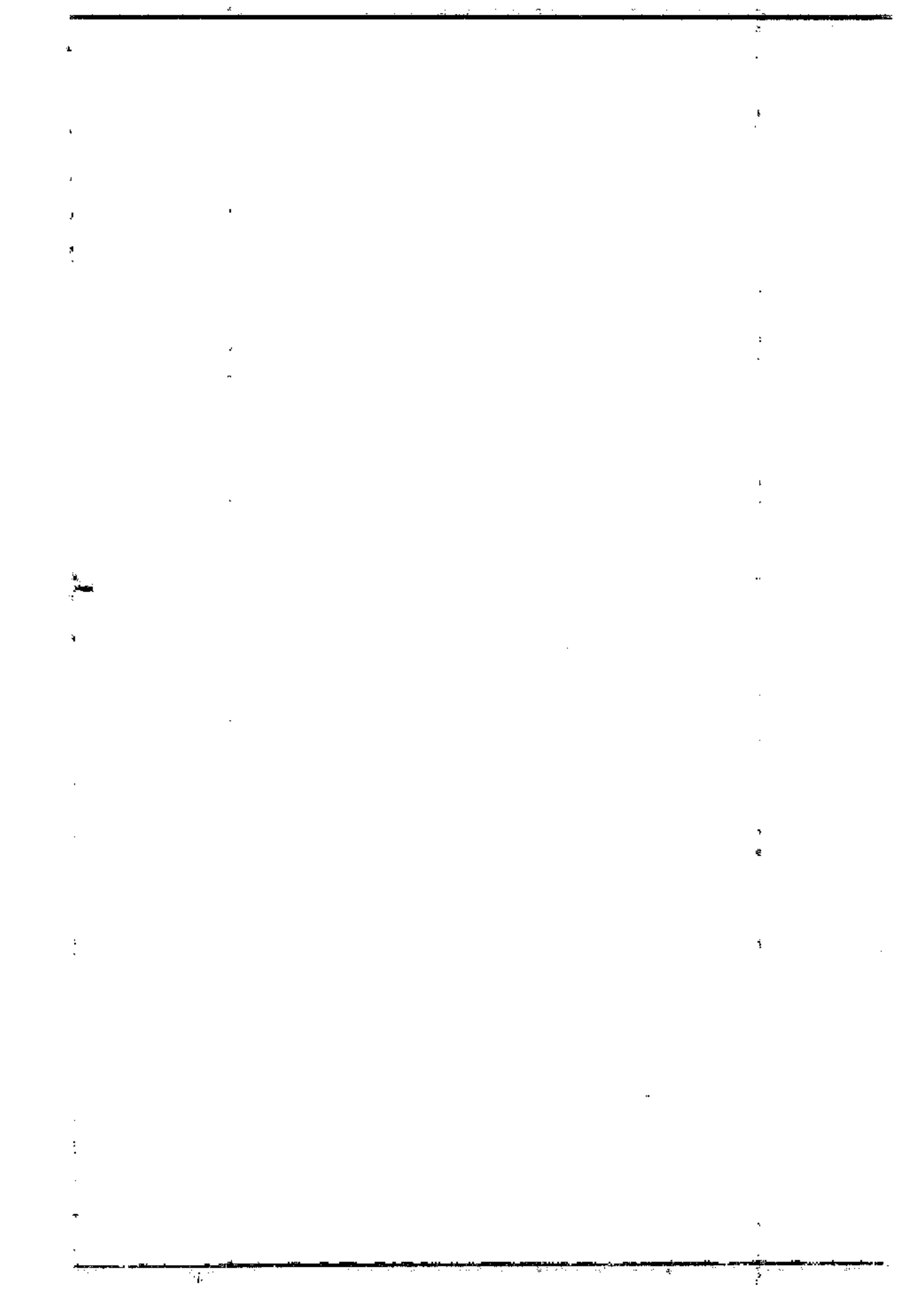
وأخيرا، أرى لزاما عليّ أن أؤكد أن القواعد الأصولية والفقهية في مجالها القانوني إنما تستمد قيمتها العلمية والعملية من قيمة الشريعة الإسلامية، بما تبنته من أسس، وما استهدفت تحقيقه من مصالح.

وعساي في هذا البحث أن أكون قد وُفقت إلى عرض القواعد الأصولية والفقهية وشرحها، وكيفية الإفادة منها في القوانين موضوع الدراسة.

وأسأل الله تعالى أن يثيبني على ما بذلت فيه من جهد المقل، وأن يعفو عني فيما اعترى هذا البحث من نقص أو خطأ أو نسيان



المصادر والمراجع



ثبت المصادر والمراجع[1]

أولاً: القرآن الكريم

ثانيًا: كتب التفسير

١- **أحكام القرآن:** لأبي بكر محمد بن عبدالله، المعروف بابن العربي (٤٦٨ - ٥٤٣هـ)، تحقيق: علي محمد البجاوي، الناشر: دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت - لبنان. طبعه فيها زيادة شرح وضبط وتحقيق.

٢- **أسباب النزول:** لأبي الحسن علي بن أحمد الواحدي النيسابوري، وبهامشه: الناسخ والمنسوخ، لأبي القاسم هبة الله بن سلامة أبي النصر، عالم الكتب، طبعة مصححة ومقابلة على عدة نسخ، وذلك بمطبعة هندية، بغيط النوبي بمصر، أواخر ربيع الآخر سنة ١٣١٦هـ.

٣- **تفسير القرآن الحكيم، المسمى: تفسير المنار:** للسيد محمد رشيد رضا، الهيئة المصرية العامّة للكتاب، ١٩٧٢م والكتاب يحتوى على نقل عن الإمام محمد عبده، وتعقيبات لمحمد رشيد رضا.

٤- **تفسير القرآن العظيم:** لعماد الدين أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير البُصْرَوي الدمشقي، (ت ٧٧٤هـ)، طبعة مصححة منقحة بإشراف: محمود عبدالقادر الأرناؤوط، دار صادر، بيروت ـ لبنان، ط١، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م.

٥- **الجامع لأحكام القرآن:** لأبي عبدالله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي (ت ٦٧١هـ) أعيد طبعه بالأوفست، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط٢، ١٣٨٦ هـ ـ ١٩٦٧م.

٦- **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني:** لأبي الفضل شهاب الدين محمود الألوسي البغدادي (ت ١٢٧٠هـ) اعتنى بنشره وتصحيحه: السيد محمود شكري الألوسي البغدادي، إدارة الطباعة المنيرية، دار التراث العربي،

(١) ثبت المصادر والمراجع مرتبة ألفبائيًا حسب اسم الكتاب بعد حذف ال.

بيروت – لبنان، ط ٤، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م.

٧- **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير**: لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ) راجعه وعلق عليه: هشام البخاري، وخضر عكاري، المكتبة العصرية للطباعة والنشر، صيدا ـ بيروت، ط ٣، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م.

٨- **الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل**: لجار الله محمود بن عمر الزمخشري، ط١، بالمطبعة البهية المصرية، الأزهر، ١٣٤٣هـ.

ثالثًا: كتب الحديث:

٩- **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**: لتقي الدين بن دقيق العيد (ت ٧٠٢هـ) تحقيق وتقديم ومراجعة: أحمد محمد شاكر، دار الجيل، بيروت، ط٢، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م.

١٠- **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل**: لمحمد ناصر الدين الألباني، بإشراف: زهير الشاويش ـ المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق، ط٢، ١٤٠٥هـ ـ ١٩٨٥م.

١١- **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير**: لأبي الفضل شهاب الدين أحمد بن علي بن محمد بن حجر العسقلاني، علق عليه واعتنى به: أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، ط١ بمؤسسة قرطبة للطباعة والنشر والتوزيع، ١٤١٦هـ ـ ١٩٩٥م.

١٢- **الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي**: لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة (٢٠٩ ـ ٢٩٧هـ) تحقيق وتعليق: إبراهيم عطوة عوض، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط١، ١٣٨٢هـ ـ ١٩٦٢م.

١٣- **جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثًا من جوامع الكلم**: لزين الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن شهاب الدين بن أحمد بن رجب الحنبلي المصري، من علماء القرن الثامن الهجري، إعداد مركز البحوث والدراسات بمكتبة نزار مصطفى الباز، تحقيق: أبو عائش عبدالمنعم إبراهيم، الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة

العربية السعودية، مكة المكرمة، ط١، ١٤١٨هـ ـ ١٩٩٧م.
١٤- **سنن ابن ماجه (أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني)** (ت ٢٧٥هـ): تحقق وترقيم: محمد فؤاد عبدالباقي، طبعة دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.
١٥- **سنن أبي داود**: سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي (ت ٢٧٥هـ)، شرح وتحقيق: د. عبدالقادر عبدالخير، و د. سيد محمد سيد، والأستاذ: سيد إبراهيم، طبعة دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ١٤٢٠هـ ـ ١٩٩٩م.
١٦- **السنن الكبرى**: لأبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت ٤٥٨هـ) وبذيله: الجوهر النقي، لعلاء الدين علي بن عثمان المارديني، الشهير بابن التركماني (ت ٧٤٥هـ) ط١، بمطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدر آباد الدكن - الهند، سنة ١٣٥٤هـ.
١٧- **سنن النسائي**: بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، وحاشية السندي، اعتنى به ورقمه وصنع فهارسه: عبد الفتاح أبو غدة، نشر: مكتبة المطبوعات الإسلامية بحلب، كما قامت بطباعته وإخراجه: دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط١، بالمطبعة المصرية في القاهرة، مصر، سنة ١٣٤٨هـ ـ ١٩٣٠م، والطبعة الثانية مصورة عنها في بيروت ـ لبنان، ١٤٠٦ هـ ـ ١٩٨٦م.
١٨- **شرح الأربعين النووية في الأحاديث الصحيحة النبوية**: ليحيى بن شرف الدين النووي (ت ٦٧٦هـ)، عينت بطبعه: شركة الشمرلي للطبع والنشر والأدوات الكتابية، القاهرة.
١٩- **شرح صحيح مسلم**: لمحيي الدين أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي (ت ٦٧٦هـ) مراجعة: خليل الميس دار القلم، بيروت - لبنان، ط١، حققه وعلق عليه ووضع فهارسه: لجنة من العلماء بإشراف الناشر.
٢٠- **الصحيح (الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله ﷺ وسننه وأيامه)** للإمام أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي (ت ٢٥٦هـ): ضبطه ورقمه

وذكر تكرار مواضعه وشرح ألفاظه وجمله وخرج أحاديثه في صحيح مسلم ووضع فهارسه: د. مصطفى ديب البغا، نشر وتوزيع: دار ابن كثير للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت؛ ودار اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، بيروت، ط٣، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.
٢١- **صحيح الجامع الصغير وزيادته (الفتح الكبير)**: لمحمد ناصر الدين الألباني، أشرف على طبعه: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت، دمشق ط٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
٢٢- **صحيح مسلم**: للإمام أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، تحقيق وتصحيح وترقيم وتعداد الكتب والأبواب: محمد فؤاد عبد الباقي، طبعة: دار إحياء الكتب العربية، فيصل عيسى البابي الحلبي.
٢٣- **عون المعبود شرح سنن أبي داود**: لأبي الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، مع شرح ابن القيم الجوزية، ضبط وتحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، الناشر: محمد عبد المحسن ضابط المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، ط٢، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٩م.
٢٤- **فتح الباري بشرح صحيح البخاري**: للحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) طبعة مزيدة بفهرس أبجدي بأسماء كتب صحيح البخاري، قرأ أصله تصحيحًا وتحقيقًا وأشرف على مقابلة نسخه المطبوعة والمخطوطة: عبدالعزيز بن عبدالله بن باز، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبدالباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب، دار المعرفة، بيروت - لبنان.
٢٥- **مجمع الزوائد ومنبع الفوائد**: لنور الدين علي بن أبي بكر الهيثمي (ت ٨٠٧هـ) بتحرير الحافظين الجليلين: العراقي، وابن حجر، دار الريان للتراث، القاهرة، ودار الكتاب العربي، بيروت - لبنان.
٢٦- **المستدرك على الصحيحين**: لأبي عبدالله الحاكم النيسابوري (ت٤٠٥هـ) وبذيله التلخيص، للحافظ محمد بن أحمد بن عثمان بن الذهبي، طبعة مزيدة بفهرس الأحاديث الشريفة، بإشراف: د. يوسف عبدالرحمن المرعشلي، طبعة دار المعرفة، بيروت - لبنان، والتلخيص هو ما لخصه الذهبي من كتاب: المستدرك، للحاكم.

٢٧- **المسند**: للإمام أحمد بن حنبل، (ت ٢٤١هـ) وبهامشه كنز العمال في سنن الأقوال والأفعال، للتقي الهندي، وبأوله فهرس رواة المسند من الصحابة، وضعه: محمد ناصر الدين الألباني، طبعة المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٥، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

٢٨- **المصنف في الأحاديث والآثار**: لعبد الله بن محمد بن أبي بكر بن أبي شيبة الكوفي العبسي (ت٢٣٥هـ)، حققه وصححه: الأستاذ عبد الخالق الأفغاني، طبعة حيدر آباد، الدكن، بالهند.

٢٩- **المصنف**: لأبي بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني (١٢٦-٢١١هـ)، عني بتحقيق نصوصه وتخريج أحاديثه والتعليق عليه: الشيخ حبيب الرحمن الأعظمي، المجلس العلمي، جوهانسبرغ، جنوب إفريقيا، كراتشي، باكستان، سملك، كجران، ط١، ١٣٩٨هـ-١٩٧٢م.

٣٠- **المعجم الأوسط**: لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني (ت ٣٦٠هـ) تحقيق: أبو معاذ طارق بن عوض الله بن محمد، وأبو الفضل عبدالمحسن بن إبراهيم الحسيني، الناشر: دار الحرمين للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ١٤١٥هـ - ١٩٩٥م.

٣١- **المعجم الكبير**: لأبي القاسم سليمان بن أحمد الطبراني، حققه وخرج أحاديثه: حمدي عبد المجيد السلفي، ط٢، سرسنك، محافظة دهنك، ١٤٠٤/١/١هـ - ١٩٨٣/١٠/٨م.

٣٢- **الموطأ**: للإمام مالك بن أنس، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي طبع ونشر وتوزيع: دار الحديث، القاهرة، ط ٤، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٣٣- **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار**: لمحمد بن علي بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٥هـ) والمنتقى هو لمجد الدين أبي البركات عبد السلام بن تيمية (ت ٦٥٢هـ) طبعة منقحة ومشكولة ومرقمة الأحاديث، ضبط وتصحيح: صدقي محمد جميل العطار، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت - لبنان، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

رابعًا: كتب الفقه وأصول الفقه وقواعدهما

أ – كتب الحنفية

٣٤- **الاختيار لتعليل المختار**: لعبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي (ت٦٨٣هـ) دار المعرفة، بيروت – لبنان ط٣، ١٣٩٥هـ – ١٩٧٥م، راجع تصحيحها: محسن أبو دقيقة [المتن هو الاختيار والشرح هو تعليل المختار بالحاشية مطبوعان معًا].

٣٥- **الأشباه والنظائر**: لزين الدين بن إبراهيم، المعروف بابن نجيم الحنفي (ت٩٧٠هـ) وبحاشيته نزهة النواظر على الأشباه والنظائر، لمحمد أمين بن عمر، المعروف بابن عابدين (ت١٢٥٢هـ) تحقيق وتقديم: د. محمد مطيع الحافظ، دار الفكر المعاصر، بيروت – لبنان، ودار الفكر، دمشق – سورية، ط٢، ١٤٢٠هـ – ١٩٨٦م و١٩٩٩م.

٣٦- **أصول الجصاص**: المسمى: الفصول في الأصول: لأبي بكر أحمد بن علي الجصاص الرازي (ت٣٧٠هـ) ضبط نصوصه وخرج أحاديثه وعلّق عليه: د. محمد محمد تامر، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميّة، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٢٠هـ – ٢٠٠٠م

٣٧- **أصول السرخسي**: لأبي بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي (ت٤٩٠هـ)، حقق أصوله وعلّق عليه: د. رفيق العَجَم، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان ط١، ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م

٣٨- **أصول الشاشي**: لنظام الدّين أبي علي أحمد بن محمد بن إسحاق الشاشي (ت٣٤٤هـ)، وبهامشه: عمدة الحواشي شرح أصول الشاشي، للمولى محمد فيض الحسن الكنكوهي (ت١٣٨١هـ) ضبطه وصحّحه: عبدالله محمد الخليلي، منشورات: محمد علي بيضون لنشر كتب السُّنة والجماعة، دار الكتب العلميَّة، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ – ٢٠٠٣م

٣٩- **البحر الرائق شرح كنز الدقاق**: لزين الدين بن نجيم الحنفي، وبهامشه: الحواشي المسمّاه: بمنحة الخالق على البحر الرائق، لمحمد أمين، الشهير بابن عابدين، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت – لبنان،ط٢.

٤٠- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**: لعلاء الدّين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي (ت ٥٨٧هـ) دار الكتب العلميَّة، بيروت - لبنان، ط٢، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٤١- **تأسيس النظر**: لأبي زيد عبيد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي الحنفي (ت ٤٣٠هـ) وقيل: (٤٣٢هـ)، الطبعة الأولى المطبعة الأدبية بسوق الخضار القديم بمصر، طبع على نفقة مصطفى القباني الدمشقي، ومحمد أمين الخانجي الحلبي.

٤٢- **التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية**: لكمال الدين محمد بن عبدالواحد بن عبدالحميد بن مسعود السيواسي، الشهير بابن همام الدين الاسكندري الحنفي (ت٨٦١هـ) طبع مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٥١هـ.

٤٣- **التنقيح في أصول الفقه**: للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري (ت٧٤٧هـ)، مطبوع مع شرح التلويح على التوضيح، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، ضبطه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميَّة، بيروت - لبنان، ط١.

٤٤- **التوضيح في حل غوامض التنقيح**: للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري (ت٧٤٧هـ)، مطبوع مع شرح التلويح على التوضيح، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي، ضبطه وخرّج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميَّة، بيروت - لبنان، ط١.

٤٥- **تيسير التحرير**: لمحمد أمين المعروف بأمير بادشاه الحسيني الحنفي الخراساني البخاري المكي، على كتاب التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية، لكمال الدين محمد بن عبدالواحد بن عبد الحميد بن مسعود، الشهير بابن همام الدّين الأسكندري الحنفي (ت٨٦١هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٤٦- **الدّر المختار في شرح تنوير الأبصار**: لمحمد بن علاء الدين الحصكفي - بهامش رد المحتار على الدر المختار: حاشية ابن عابدين - طبع ونشر وتوزيع: دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيزوت - لبنان، ط٢، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٤٧- **درر الحكام شرح مجلة الأحكام العدلية:** لعلي حيدر، تعريب المحامي: فهمي الحسيني، دار الكتب العلميّة، بيروت – لبنان.

٤٨- **رسالة أبي الحسن الكرخي (ت٣٤٠هـ) في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية، مع شواهدها ونظائرها، لأبي حفص عمر النسفي (ت٥٣٧هـ):** مطبوعة مع تأسيس النظر، للدبوسي، الطبعة الأولى، المطبعة الأدبية بسوق الخضار القديم بمصر، طبع على نفقة مصطفى القباني الدمشقي، ومحمد أمين الخانجي الحلبي.

٤٩- **شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه:** أو (التلويح في كشف حقائق التنقيح): لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني الشافعي (ت٧٩٢هـ) بهامش التوضيح في حل غوامض التنقيح، والتلويح هو شرح لكتاب التوضيح في حل غوامض التنقيح، للقاضي صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود المحبوبي البخاري (ت٧٤٧هـ) وهو شرح تنقيح الأصول (متن التنقيح في أصول الفقه) لصدر الشريعة أيضًا، ضبطه وخرّج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميّة، بيروت – لبنان، ط١.

٥٠- **الشواهد والنظائر:** لأبي حفص عمر النسفي (ت ٥٣٧هـ) على الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية، لأبي الحسن الكرخي (ت٣٤٠هـ) مطبوع مع تأسيس النظر، لأبي زيد الدبوسي، ط١، المطبعة الأدبية بسوق الخضار القديم بمصر، طبع على نفقة مصطفى القباني الدمشقي، ومحمد أمين الخانجي الحلبي.

٥١- **عمدة الحواشي شرح أصول الشاشي:** للمولى محمّد فيض الحسن الكنكوهي (ت ١٧٨١هـ) ضبطه وصححه: عبد الله محمد الخليلي، منشورات: محمد علي بيضون لنشر كتب السّنة والجماعة، دار الكتب العلميَّة، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٢٤هـ – ٢٠٠٣م.

٥٢- **غمز عيون البصائر:** لشهاب الدين أحمد بن محمد بن مكي الحسيني الحموي (ت١٠٩٨هـ) شرح كتاب: الأشباه والنظائر، لابن نجيم، دار الكتب العلميَّة، بيروت – لبنان ط١، ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م

٥٣- **فتاوى قاضيخان:** للحسن بن منصور بن محمود فخر الدّين قاضيخان الأوزجندي، بهامش الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان،

لمولانا الشيخ: نظام، وجماعة من علماء الهند، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت – لبنان، ط٣، ١٣٩٣هـ ١٩٧٣م.
٥٤- **الفوائد الزينية في فقه الحنفية**: لزين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي، قدم له واعتنى به: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلْمان – دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الدمام، ط١، ذو الحجة ١٤١٤هـ – ١٩٩٤م.
٥٥- **الفواكه البدرية في البحث عن أطراف القضايا الحكمية**: لمحمد بن محمد بن محمد بن خليل بدر الدين المعروف بابن الغرس المصري الحنفي، مطبوع بمتن "المجاني الزهرية على الفواكه البدرية" مطبعة النيل، مصر.
٥٦- **كشف الأسرار في شرح المنار**: لأبي البركات عبدالله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي (ت ٧١٠هـ) مع شرح نور الأنوار على المنار، لمولانا حافظ شيخ أحمد المعروف بملاجيون بن أبي سعيد، صاحب الشمس البازغة (ت ١١٣٠هـ) منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميَّة، بيروت – لبنان.
٥٧- **المختار (مع شرحه الاختيار لتعليل المختار)** لعبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي (ت٦٨٣هـ) دار المعرفة، بيروت – لبنان، ط٣، ١٣٩٥هـ – ١٩٧٥م، راجع تصحيحها: محسن أبو دقيقة.
٥٨- **المنار في أصول الفقه**: لأبي البركات عبدالله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي (ت٧١٠هـ) مطبوع مع شرحه: كشف الأسرار، للمؤلف نفسه، وبهامشه: نور الأنوار في شرح المنار، لمولانا حافظ شيخ أحمد المعروف بملاجيُون بن أبي سعيد بن عُبَيد الله الحنفي الصديقي الميهَوي صاحب الشمس البازغة (ت ١١٣٠هـ)، دار الكتب العلميَّة، بيروت – لبنان، منشورات: محمد علي بيضون
٥٩- **نزهة النواظر على الأشباه والنظائر**: لمحمد أمين بن عمر المعروف بابن عابدين (ت١٢٥٢هـ) بحاشية: الأشباه والنظائر، لزين الدين بن إبراهيم، المعروف بابن نجيم الحنفي، تحقيق وتقديم: د. محمد مطيع الحافظ – دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق – سوريا، ودار الفكر المعاصر، بيروت – لبنان، ط ٢، ١٤٢٠هـ – ١٩٨٦م، و١٩٩٩م

٦٠- **نور الأنوار في شرح المنار**: لمولانا حافظ شيخ أحمد المعروف بملاجيون بن أبي سعيد بن عبيد الله الحنفي الصديقي الميهوي صاحب الشمس البازغة، (ت ١١٣٠هـ)، منشورات: محمد علي بيضون – دار الكتب العلميَّة، بيروت – لبنان.

٦١- **الوصول إلى قواعد الأصول**: لمحمد بن عبدالله بن أحمد بن محمد الخطيب التمرتاشي الغزي الحنفي (كان حيًا سنة ١٠٠٧هـ)، دراسة وتحقيق: د.محمد شريف مصطفى أحمد سليمان، رسالة دكتوراه في أصول الفقه من كلية الشريعة بجامعة السند باكستان، سنة ١٤١٦هـ – ١٩٩٦م، ط١، ١٤٢٠هـ – ٢٠٠٠م، دار الكتب العلميَّة، بيروت – لبنان، منشورات: محمد علي بيضون.

ب – كتب المالكية

٦٢- **إحكام الفصول في أحكام الأصول**: لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت ٤٧٤هـ)، دراسة وتحقيق: د. عبدالله محمد الجبوري، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط، ١٤٠٩هـ – ١٩٨٩م.

٦٣- **إدرار الشروق على أنواء الفروق**: لأبي القاسم قاسم بن عبدالله محمد بن محمد الأنصاري المعروف بابن الشاط (ت ٧٢٣هـ)، بحاشية الفروق، لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس القرافي، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ونشر أيضًا في المملكة العربية السعودية، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ١٤٢٤هـ

٦٤- **الإشارة في أصول الفقة**: لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي، تحقيق وإعداد: مركز الدراسات والبحوث بمكتبة نزار مصطفى الباز، نشر: مكتبة نزار مصطفى الباز، ط، ١٤١٧هـ -١٩٩٦م

٦٥- **الإعلام بحدود وقواعد الإسلام**: للقاضي أبي الفضل عياض بن موسى اليحصبي (٤٧٦ – ٥٤٤ هـ)، منشورات دار الحرمين بالقاهرة، ط١، ١٤١٦هـ – ١٩٩٨م

٦٦- **إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبدالله مالك**: لأبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي التلمساني (ت ٩١٤هـ)، دراسة وتحقيق: الصادق بن عبدالرحمن الغرياني، منشورات: كلية الدعوة الإسلامية، ولجنة الحفاظ على التراث الإسلامي، الجماهيرية العظمى – طرابلس، ط١، ١٤٠١هـ – ١٩٩١م، السلسلة التراثية (١).

٦٧- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**: للقاضي أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، الشهير بابن رشد الحفيد(ت٥٩٥هـ) طبعة قام بتنقيحها وتصحيحها: خالد العطار، بإشراف مكتب البحوث والدراسات بدار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط سنة ١٤٢١هـ – ٢٠٠١م

٦٨- **بلغة السالك لأقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**: لأحمد بن محمد الصاوي المالكي، على الشرح الصغير، للقطب الشهير أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الموجود بالهامش، ملتزم الطبع والنشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط سنة ١٣٧٢هـ – ١٩٥٢م.

٦٩- **تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام**: للقاضي برهان الدين إبراهيم بن علي بن أبي القاسم بن محمد بن فرحون المالكي المدني (٧١٩ – ٧٩٩هـ) راجعه وقدم له: طه عبد الرءوف سعد، مكتبة الكليّات الأزهرية، القاهرة.

٧٠- **تقريرات المحقق سيدي الشيخ محمد عليش**: بهامش حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٧١- **تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول**: لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المشهور بالقرافي (ت٦٨٤هـ)، مطبوع مع شرحه "**تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول**": للمؤلف نفسه، حققه: طه عبدالرءوف سعد، الناشر: مكتبة الكليّات الأزهرية – القاهرة (رقم الإيداع بدار الكتب والوثائق القومية: ٥٥٩٧ لسنة ١٩٧٣م).

٧٢- **تهذيب الفروق والقواعد السَّنية في الأسرار الفقهية**: لمحمد علي بن حسين بن إبراهيم المالكي المكي (ت ١٣٤٠هـ) بهامش كتابي: الفروق، وإدرار الشروق على أنواء الفروق، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ونشر أيضًا في المملكة العربية السعودية، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ١٤٢٤هـ.

٧٣- **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير**: لشمس الدين محمد عرفة الدسوقي، على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، وبهامشه الشرح المذكور، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

٧٤- **الحدود في الأصول**: لأبي الوليد سليمان بن خلف الباجي (ت٤٧٤هـ)، تحقيق: نزيه حمّاد، الناشر: مؤسسة الزعبي للطباعة والنشر، لبنان - بيروت، حمص - سوريا، ط١، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٣م

٧٥- **شرح تنقيح الفصول في اختصار المحصول في الأصول**: لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المشهور بالقرافي (ت٦٨٤هـ)، حققه: طـه عبدالرءوف سعد، الناشر: مكتبة الكليّات الأزهرية، القاهرة (رقم الإيداع بدار الكتب والوثائق القومية: ٥٥٩٧ لسنة ١٩٧٣م).

٧٦- **الفروق الفقهية**: للقاضي أبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي (ت ٤٢٢هـ)، اعتنى به: جلال علي القذافي الجهاني، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة - دبي، ط١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م سلسلة الدراسات الفقهية رقم (١١).

٧٧- **الفروق أو (أنوار البروق في أنواء الفروق) أو (الأنوار والأنواء) أو (الأنوار والقواعد السنية في الأسرار الفقهية)**: لشهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي المشهور بالقرافي (ت ٦٨٤هـ)، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، ونشر أيضًا في المملكة العربية السعودية، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، ١٤٢٤هـ.

٧٨- **القواعد**: لأبي عبدالله محمد بن محمد بن أحمد القرشي التلمساني، الشهير بالمقّري (ت٧٥٨هـ)، تحقيق ودراسة: أحمد بن عبدالله بن حميد، المملكة العربية السعودية، جامعة أم القرى - معهد البحوث العلميّة وإحياء التراث الإسلامي، مركز إحياء التراث الإسلامي - مكة المكرمة

٧٩- **مذاهب الحكام في نوازل الأحكام**: للقاضي عياض (أبو الفضل عياض بن موسى) وولده محمد، جمعها: محمد ولد القاضي عياض، تقديم وتحقيق وتعليق: د. محمد بن شريفة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٩٧م، طبعة مزيدة ومنقحة.

٨٠- **مفتاح الوصول إلى بناء الفروع على الأصول**: للشريف أبي عبدالله محمد بن أحمد المالكي التلمساني (ت ٧٧١هـ) حققه وخرّج أحاديثه وقدّم له: عبدالوهاب عبد اللطيف، الناشر: مكتبة الخانجي، مصر - القاهرة، ط٢، ١٤١٧هـ - ١٩٩٦م.

٨١- **منتهى الوصول والأمل في علمي الأصول والجدل:** لجمال الدّين أبي عمرو عثمان بن عمرو بن أبي بكر المقري، المعروف بابن الحاجب (ت ٦٤٦هـ) دار الكتب العلميّة، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م

٨٢- **الموافقات في أصول الشريعة:** لأبي إسحاق الشاطبي إبراهيم بن موسى اللّخمي الغرناطي المالكي (ت ٧٩٠هـ)، شرحه وخرّج أحاديثه: الشيخ: عبدالله دراز، ووضع تراجمه: الأستاذ/ محمد عبد الله دراز، خرّج آياته وفهرس موضوعاته: عبدالسلام عبدالشافي محمد، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٢٥هـ.

٨٣- **مواهب الجليل:** لأبي عبدالله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي المعروف بالحطاب (ت ٩٥٤هـ) وبهامشه: التاج والاكليل لمختصر خليل: لأبي عبدالله محمد بن يوسف العبدري، الشهير بالمواق (ت ٨٩٧هـ) ملتزم الطبع والنشر: مكتبة النجاح، سوق الترك، طرابلس ـ ليبيا.

ج – كتب الشافعية

٨٤- **الإبهاج في شرح المنهاج، على منهاج الوصول إلى علم الأصول:** للقاضي البيضاوي: لعلي بن عبدالكافي السبكي (ت ٦٨٥هـ)، وولده تاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي (ت ٧٧١هـ) تحقيق وتعليق: د. شعبان محمد إسماعيل، الناشر: مكتبة الكليّات الأزهرية، القاهرة، ط١، ١٤٠١هـ – ١٩٨١م

٨٥- **الأحكام السلطانية والولايات الدينية:** لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي (٣٧٠ – ٤٥٠هـ)، خرّج أحاديثه وعلّق عليه: خالد عبداللطيف السبع العلَمي، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، ١٤١٥هـ – ١٩٩٤م

٨٦- **الإحكام في أصول الأحكام:** لسيف الدين أبي الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي (ت ٦٣١هـ) طبعة منقحة مصححة بإشراف: مكتب البحوث والدراسات في دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ١٤٢٤هـ – ٢٠٠٣م

٨٧- **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**: لجلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السُّيوطي، (ت ٩١١هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، منشورات: محمد علي بيضون لنشر كتب السنّة والجماعة، دار الكتب العلميَّة، بيروت – لبنان، ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م

٨٨- **الأشباه والنظائر**: لتاج الدين عبدالوهاب بن تقي الدين علي بن عبدالكافي السبكي (ت ٧٧١هـ)، تحقيق: عادل أحمد عبدالموجود، وعلي محمد معوّض، دار الكتب العلميَّة، بيروت – لبنان، ط١، ١٤١١هـ – ١٩٩١م

٨٩- **الأصول والضوابط**: لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦هـ) حققه وعلّق عليه: د. محمد حسن هيتو، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٦م

٩٠- **الأم**: للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، وبهامشه: مختصر أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني الشافعي (ت٢٦٤هـ)، كتاب الشعب، ١٣٨٨هـ – ١٩٦٨م عن الصورة التي طبع بها سنة ١٣٢١هـ.

٩١- **البرهان في أصول الفقه**: لإمام الحرمين أبي المعالي عبدالملك بن عبدالله بن يوسف الجويني (ت٤٧٨هـ) حققه وقدمه ووضع فهارسه: د. عبدالعظيم الدّيب، كلية الشريعة، جامعة قطر، طبع على نفقة صاحب السمو الشيخ خليفة بن حمد آل ثاني، أمير دولة قطر، ط١، ١٣٩٩هـ

٩٢- **تخريج الفروع على الأصول**: لأبي المناقب شهاب الدين محمود بن أحمد الزنجاني (ت٦٥٦هـ)، حققه وعلّق حواشيه: د. محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط٤، ١٤٠٧هـ – ١٩٨٦م

٩٣- **تقريرات الشيخ عبدالرحمن الشربيني على جمع الجوامع**: لابن السبكي بهامش حاشية العطار.

٩٤- **التمهيد في تخريج الفروع على الأصول**: لجمال الدين أبي محمد عبدالرحيم بن الحسن الإسنوي (ت ٧٧٢هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميَّة، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤م.

٩٥- **جامعة الفوائد في الضوابط والقواعد**: لأبي طاهر محمود السواكني الأزهري، ط١، ١٣٧٤هـ ـ ١٩٥٤م، مطبعة الاستقامة بالقاهرة

٩٦- **حاشية الشيخ أحمد بن محمد الدمياطي الشافعي** (ت١١١٧هـ): مطبوعة مع شرح الورقات في علم أصول الفقه، لجلال الدين محمد بن أحمد المحليّ الشافعي (ت٨٦٤هـ)، تحقيق ودراسة: أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، نشر: دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة

٩٧- **حاشية العطار على جمع الجوامع**: للشيخ حسن العطار، على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لابن السبكي، دار الكتب العلميَّة، بيروت – لبنان، وبهامشه: تقرير للشيخ عبدالرحمن الشربيني على جمع الجوامع لابن السبكي، وبأسفل الصلب والهامش تقريرات للشيخ محمد علي بن حسين المالكي

٩٨- **حاشية**: لأبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري (ت١٠٧٨هـ)، مطبوع مع نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرّملي، الشهير بالشافعي الصغير (ت١٠٠٤هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط سنة ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م.

٩٩- **حاشية**: لأحمد بن عبدالرزاق بن محمد بن أحمد المعروف بالمغربي الرشيدي (ت١٠٩٦هـ)، مطبوع مع نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرّملي، الشهير بالشافعي الصغير (ت ١٠٠٤هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط سنة ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م.

١٠٠- **الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي – ﷺ – وهو شرح مختصر المزني**: لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض، وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلميَّة، بيروت – لبنان، ط١، ١٤١٤هـ ـ ١٩٩٤م.

١٠١- **الرسالة**: للإمام محمد بن إدريس الشافعي (ت ٢٠٤هـ)، عن أصل بخط

الربيع بن سليمان، كتبه في حياة الشافعي، بتحقيق وشرح: أحمد محمد شاكر، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، طبع أنجال المرحوم السيد مصطفى البابي الحلبي.

١٠٢- **شرح الجلال المحلي محمد بن أحمد (ت٨٦٤هـ) على جمع الجوامع لابن السبكي:** مطبوع مع حاشيةالعطار على جمع الجوامع، للشيخ حسن العطار، على شرح الجلال المحلي على جمع الجوامع لابن السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، وبهامشه: تقرير للشيخ عبدالرحمن الشربيني على جمع الجوامع لابن السبكي وبأسفل الصلب والهامش: تقريرات لمحمد علي بن حسين المالكي.

١٠٣- **شرح الورقات في علم أصول الفقه:** لجلال الدين محمد بن أحمد المحلي الشافعي (ت ٨٦٤هـ) على ورقات أبي المعالي إمام الحرمين عبد الملك بن يوسف محمد الجويني الشافعي (ت ٤٧٨هـ) ومعه: حاشية أحمد بن محمد الدمياطي الشافعي (ت ١١١٧هـ) تحقيق ودراسة: أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، نشر: دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة

١٠٤- **قواعد الأحكام في مصالح الأنام:** لأبي محمد عز الدين عبدالعزيز بن عبدالسلام السلمي (ت٦٦٠هـ)، اعتنى به: المكتب العلمي للتراث، نشر وتوزيع: دار البيان العربي، القاهرة – بنها، ط١، ١٤٢١هـ – ٢٠٠٢م

١٠٥- **القواعد:** لأبي بكر بن محمد بن عبدالمؤمن، المعروف بتقي الدين الحصني (ت٨٢٩هـ)، الجزأين: الأول، والثاني دراسة وتحقيق: د. عبدالرحمن بن عبدالله الشعلان، لنيل درجة الماجستير في أصول الفقه من كلية الشريعة بالرياض، سنة ١٤٠٥هـ والجزأين: الثالث، والرابع دراسة وتحقيق: د. جبريل بن محمد بن حسن البصيلي لنيل درجة الماجستير في أصول الفقه من كلية الشريعة بالرياض، سنة ١٤٠٥هـ مكتبة الرشد – الرياض – المملكة العربية السعودية وشركة الرياض للنشر والتوزيع، ط١، ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م

١٠٦- **المجموع المذهب في قواعد المذهب:** لخليل بن كيكلدي الملقب بصلاح الدين، المكنى بأبي سعيد العلائي الشافعي (ت٧٦١هـ) تحقيق ودراسة: د/ محمد بن عبد الغفار بن عبد الرحمن الشريف، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت، الإدارة العامة للإفتاء والبحوث الشرعية، ط١، ١٤١٤هـ–١٩٩٤م.

١٠٧- **المحصول في علم أصول الفقه**: لفخر الدين محمد بن عمر بن الحسين الرازي (٥٤٤ - ٦٠٦هـ)، دراسة وتحقيق: د. طه جابر فيّاض العلواني، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط٣، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م

١٠٨- **مختصر الإمام الجليل أبي إبراهيم إسماعيل بن يحيى المزني الشافعي (ت٢٦٤هـ)**: بهامش الأم، للشافعي، كتاب الشعب، رمضان ١٣٨٨هـ - ديسمبر ١٩٦٨م من الصورة التي طُبع بها سنة ١٣٢١هـ

١٠٩- **مختصر من قواعد العلائي وكلام الإسنوي**، لأبي الثناء نور الدين محمود بن أحمد الفيومي الأصل، المعروف بابن خطيب الدهشة، دراسة وتحقيق الدكتور/ مصطفى محمود البنجويني، من مطبوعات وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة قطر، ط٢، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م [والكتاب رسالة دكتوراه نوقشت في ١٩٧٨/٦/٢٦م بكلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر]. وطبعة أخرى في مطبعة الجمهورية - الموصل، سنة ١٩٨٤م، ساعدت في طبعه: اللجنة الوطنية في الجمهورية العراقية للاحتفال بمطلع القرن الخامس عشر الهجري.

١١٠- **المستصفى من علم الأصول**: لحجة الإسلام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزّالي (ت ٥٠٥هـ)، طبعة خرّج أحاديثها وآياتها: مكتب التحقيق بدار إحياء التراث العربي، واعتنت بتصحيحها: نجوى ضوّ، دار إحياءالتراث العربي للنشر والتوزيع، ومؤسسة التاريخ العربي، بيروت - لبنان، ط١.

١١١- **المنثور في القواعد**: لأبي عبدالله بدرالدين محمد بن بهادر بن عبدالله الشافعي، المعروف بالزركشي (ت ٧٩٤هـ)، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميّة، بيروت - لبنان، ط١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م

١١٢- **منهاج الوصول إلى علم الأصول**: للقاضي عبدالله بن عمر بن محمد بن علي البيضاوي الشافعي (ت٦١٥هـ)، مطبوع مع شرحه: الإبهاج في شرح المنهاج، تأليف علي بن عبدالكافي السبكي (ت ٦٨٥هـ) وولده تاج الدين عبدالوهاب بن علي السبكي (ت ٧٧١هـ)، تحقيق وتعليق: د. شعبان محمد إسماعيل، الناشر: مكتبة الكليّات الأزهرية، القاهرة، ط١، ١٤٠١هـ - ١٩٨١م

١١٣- **المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي**: لأبي زكريا يحيى بن شرف النووي (ت٦٧٦هـ)، وهو المتن المشروح المسمى: "**نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي**": لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرّملي الشهير بالشافعي الصغير (ت١٠٠٤هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط سنة: ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م

١١٤- **المهذب في فقه مذهب الإمام الشافعي رضي الله عنه وأرضاه**: لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي، وبأسفله: النظم المستعذب في شرح غريب المذهب، لمحمد بن أحمد بن بطال الركبي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه بمصر، مطبعة دار إحياء الكتب العربية بمصر.

١١٥- **المواهب السّنيّة**: لعبدالله بن سليمان الجرهزي الشافعي، على شرح الفرائد البهيّة نظم القواعد الفقهية، للسيد أبي بكر الأهدل اليمني الشافعي، بهامش: الأشباه والنظائر في الفروع، لجلال الدين عبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت٩١١هـ)، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع

١١٦- **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي**: لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدّين الرّمليّ، الشهير بالشافعي الصغير (ت١٠٠٤هـ)، ومعه: حاشية أبي الضياء نور الدين علي بن علي الشبراملسي القاهري (ت١٠٧٨هـ)، وحاشية أحمد بن عبدالرزاق بن محمد بن أحمد، المعروف بالمغربي الرشيدي (ت ١٠٩٦هـ) دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط سنة ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م

١١٧- **الورقات في علم أصول الفقه**: لإمام الحرمين عبدالملك بن يوسف محمد الجويني الشافعيّ (ت٤٧٨هـ) مطبوع مع شرحه المسمى: شرح الورقات في علم أصول الفقه، لجلال الدين محمد بن أحمد المحلي الشافعي (ت ٨٦٤ هـ) ومعه حاشية الشيخ أحمد بن محمد الدمياطي الشافعي (ت ١١١٧هـ) تحقيق ودراسة: أحمد مصطفى قاسم الطهطاوي، نشر دار الفضيلة للنشر والتوزيع والتصدير، القاهرة.

د – كتب الحنابلة

١١٨– **الأحكام السلطانية:** للقاضي أبي يعلى محمد بن الحسين الفرّاء الحنبلي (ت ٤٥٨هـ) صححه وعلق عليه: محمد حامد الفقي، دار الكتب العلميَّة، بيروت – لبنان، ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م.

١١٩– **إعلام الموقِّعين عن رب العالمين:** لشمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيِّم الجوزيّة (ت٧٥١هـ)، حققه وفصله وضبط غرائبه، وعلق حواشيه: محمد محيي الدّين عبدالحميد، الناشر: مكتبة مصر، القاهرة، ط سنة ١٤٢٠هـ – ١٩٩٩م

١٢٠– **تصحيح الفروع:** لعلاء الدين: أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ثم الصالحي الحنبلي (ت٨٨٥هـ)، بهامش كتاب الفروع، لشمس الدين المقدسي أبي عبدالله محمد بن مفلح (ت ٧٦٣هـ)، راجعه: عبدالستار أحمد فرّاج، عالم الكتب، بيروت، ط٤، ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م

١٢١– **التمهيد في أصول الفقه:** لمحفوظ بن أحمد بن الحسن أبي الخطاب الكلوذاني الحنبلي (ت٥١٠هـ)، الجزءين: الأول، والثاني دراسة وتحقيق: د. مفيد محمد أبوعمشة، والجزءين: الثالث، والرابع دراسة وتحقيق: د. محمد بن علي بن إبراهيم، نشر: مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، من التراث الإسلامي، الكتاب(٣٧)، ط١، ١٤٠٦هـ – ١٩٨٥م، دار المدني للطباعة والنشر والتوزيع، جدة.

١٢٢– **الحلال والحرام وبعض قواعدهما في المعاملات المالية:** لأحمد بن تيمية الحرّاني الدمشقي (ت٧٢٨هـ)، اعتنى به: عبدالفتاح أبو غُدّة، مكتب المطبوعات الإسلامية، ط١، ١٤١٦هـ، ط٢، ١٤٢٥هـ، طبع وإخراج شركة البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان.

١٢٣– **الروض المربع بشرح زاد المستقنع:** لمنصور بن يونس البهوتي، مكتبة السيد المؤيد الحَسَني للطباعة والنشر والتوزيع، الطائف، المملكة العربية السعودية، ١٣٨٩هـ–١٩٦٩م.

١٢٤- **روضة الناظر وجُنة المُنَاظِر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل:** لموفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي الدمشقي (ت٦٢٠هـ) ومعه: شرحه المسمى: نزهة الخاطر العاطر، لعبدالقادر بن أحمد بن مصطفى بدران الدومي ثم الدمشقي (ت١٣٤٦هـ)دار الكتب العلميَّة، بيروت - لبنان.

١٢٥- **السياسة الشرعيَّة في إصلاح الراعي والرعية:** لتقي الدين بن تيمية (ت٧٢٨هـ)، راجعه وحققه: د. علي سامي النشار، وأحمد زكي عطية، الناشر: مكتبة الرياض الحديثة .

١٢٦- **شرح الكوكب المنير المسمى (بمختصر التحرير)أو (المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه):** لتقي الدين محمد بن أحمد بن عبدالعزيز الفتوحي المصري الحنبلي (ت٩٧٢هـ)، تحقيق: د. محمد الزحيلي، ونزيه حماد، جامعة الملك عبدالعزيز، مركز البحث العلمي وإحياء التراث الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، مكة المكرمة ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م، طبع في دار الفكر بدمشق. وشرح الكوكب المنير هو: مختصر على مسائل الكتاب المسمى: تحرير المنقول وتهذيب علم الأصول في أصول الفقه، لعلاء الدين المرداوي الحنبلي.

١٢٧- **الطرق الحكيمة في السياسة الشرعيَّة:** لابن قيّم الجوزيّة، حققه وضبط نصّه وفهرسه: عصام فارس الحرستاني، خرّج أحاديثه وعلّق عليها: حسان عبدالمنان دار الجيل، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ - ١٩٨٨م

١٢٨- **العدة في أصول الفقه:** لأبي يعلى الفراء (ت٤٥٨هـ) حققه وعلق عليه وخرّج نصه: د. أحمد بن علي سير المباركي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط٢، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م

١٢٩- **الفروع:** لشمس الدين المقدسي، أبي عبدالله محمد بن مفلح (ت ٧٦٣هـ) ويليه: تصحيح الفروع، لعلاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ثم الصالحي الحنبلي (ت٨٨٥هـ) راجعه: عبدالستار أحمد فرّاج، عالم الكتب، بيروت، ط٤، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

١٣٠- **القواعد في الفقه الإسلامي:** لأبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي

(ت٧٩٥هـ)، راجعه وقدّم له وعلق عليه: طه عبدالرءوف سعد، ط٢، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، دار الجيل، بيروت - لبنان.

١٣١- **القواعد**: لعلاء الدين علي بن عباس البعلي؛ المعروف بابن اللحام (ت٨٠٣هـ)حققه وضبطه: أيمن صالح شعبان، دار الحديث للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ط١، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.

١٣٢-**كشاف القناع عن متن الإقناع**: لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، إعداد: مركز البحوث والدّراسات بمكتبة نزار مصطفى الباز، تحقيق: إبراهيم أحمد عبد الحميد، الناشر: مكتبة نزار مصطفى الباز، المملكة العربية السعودية، ط٣، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

١٣٣- **مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبدالله بن أحمد الخرقي**: مع المغني، لابن قدامة، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.

١٣٤- **المسودة في أصول الفقه**: تتابع على تصنيفه ثلاثة من آل تيمية: (١) مجدالدين أبوالبركات عبدالسلام بن عبدالله بن الخضر. (٢) شهاب الدين أبو المحاسن عبدالحليم بن عبدالسلام. (٣) تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبدالحليم. جمعها وبيضها: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن أحمد بن عبدالغني الحرّاني الدمشقي (ت ٧٤٥هـ) طبعة مقابلة على عدة نسخ خطية، تقديم: محمد محيي الدين عبدالحميد، مطبعة المدني، المؤسسة السعودية بمصر - القاهرة.

١٣٥- **المغني**: لأبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت٦٢٠هـ)على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبدالله بن أحمد الخرقي، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.

١٣٦- **نزهة الخاطر العاطر**: لعبدالقادر بن أحمد بن مصطفى بدران الدومي ثم الدمشقي (ت١٣٤٦هـ)، شرح روضة الناظر وجُنة المُناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لموفّق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي الدمشقي (ت٦٢٠هـ)، دار الكتب العلميّة، بيروت - لبنان.

هـ - كتب الزيدية

١٣٧- **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**: لمحمد بن علي الشوكاني (ت١٢٥٠هـ)، حققه على نسخة المؤلف لأول مرة وعلق عليه: د. شعبان محمد إسماعيل، دار الكتبي، القاهرة، الإيداع (٩٢).

١٣٨- **الأزهار**: للمهدي لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى (ت ٨٤٠هـ)، مطبوع مع شرح الأزهار، لأبي الحسن عبدالله بن مفتاح، من إصدار: وزارة العدل، الجمهورية اليمنية، تنفيذ: مكتبة التراث الإسلامي، الجمهوية اليمنية، صعدة، ط١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

١٣٩- **أصول الفقه المسمى: إجابة السائل شرح بغية الآمل**: لمحمد بن إسماعيل الأمير الصنعاني (ت١١٨٢هـ)، تحقيق: القاضي/ حسين بن أحمد السياغي، و د. حسن محمد مقبولي الأهدل، مؤسسة الرسالة، بيروت، مكتبة الجيل الجديد، صنعاء، ط٢، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م، الجمهورية اليمنية، وزارة العدل، المعهد العالي للقضاء، وكتاب إجابة السائل هو شرح منظومة الكافل في الأصول، لمحمد بن يحيى بن أحمد بن محمد بن موسى الملقب بهران الصعدي التميمي القاضي بدر الدين (ت٥٩٧هـ).

١٤٠- **التاج المذهب لأحكام المذهب (شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار)**: للقاضي/ أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، دار الحكمة اليمانية للطباعة والنشر والتوزيع والإعلام، الجمهورية اليمنية - صنعاء، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م.

١٤١- **القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد**: لمحمد بن عليّ الشوكاني، تحقيق: عبد الرحمن عبدالخالق، دار القلم للنشر والتوزيع، الكويت، ط٤، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.

١٤٢- **معيار العقول في علم الأصول**: للمهدي لدين الله أحمد بن يحيى بن المرتضى (ت٨٤٠هـ) مطبوع في المجلد الأول في مقدمة كتابه: البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، وبهامشه: كتاب جواهر الأخبار والآثار المستخرجة من لجة البحر الزخار، للمحقق: محمد بن يحيى بهران الصعدي (ت٩٥٧هـ)، مؤسسة الرسالة، بيروت طبعة ١٣٩٤هـ - ١٩٧٥م.

١٤٣- المشرع المختار من الغيث المدرار، المعروف بشرح الأزهار: لأبي الحسن عبدالله بن مفتاح، من إصدارات: وزارة العدل، الجمهورية اليمنية، تنفيذ: مكتبة التراث الإسلامي، الجمهورية اليمنية – صعدة، ط١، ١٤٢٤هـ – ٢٠٠٣م
١٤٤- **نبذة مختصرة من كتاب شذور الذهب في تحقيق المذهب**: لعبدالله بن الحسين دلامة، في مقدمة شرح الأزهار، لأبي الحسن عبدالله بن مفتاح، من إصدارات: وزارة العدل، الجمهورية اليمنية، تنفيذ: مكتبة التراث الإسلامي، الجمهورية اليمنية – صعدة، ط١، ١٤٢٤هـ – ٢٠٠٣م.

و – كتب الشيعة الإمامية

١٤٥- **أصل الشيعة وأصولها**: لمحمود الحسيني (كاشف الغطاء) (ت١٣٧٣هـ)، نشر: السيد مرتضى الرضوي الكشميري، المطبعة العربية، مصر، ١٣٧٧هـ – ١٩٥٨م.
١٤٦- **أصول الفقه**: لمحمد رضا المظفر، مؤسسة جمعية منتدى النشر وكلية الفقه في النجف الأشرف، مطابع دار النعمان بالنجف الأشرف، ط٣، ١٣٩٠هـ – ١٩٧١م منشورات مكتبة المظفر للطباعة والنشر، النجف الأشرف.
١٤٧- **الأصول من الكافي**: لأبي جعفر محمد بن يعقوب الكُلَيني (ت٣٢٨/٣٢٩هـ)، صححه وعلق عليه: علي أكبر الغفاري، دار الأضواء، بيروت – لبنان، ١٤٠٥هـ – ١٩٨٥م.
١٤٨- **تهذيب الأصول**: لعبدالأعلى الموسوي السبزاوري، مطبعة الآداب، ١٣٩٩هـ – ١٩٧٩م.
١٤٩- **دروس في علم الأصول**: للسيد محمد باقر الصدر، دار المنتظر، بيروت – لبنان، ط١، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٥م.
١٥٠- **شرائع الإسلام في الفقه الإسلامي الجعفري**: للمحقق الحلي، جعفر بن الحسن بن أبي زكريا بن سعيد الهذلي، بإشراف: لجنة إحياء الذخائر في دار مكتبة الحياة، منشورات: دار مكتبة الحياة، بيروت – لبنان، ١٤٠٦ هـ – ١٩٨٦م.

١٥١- **القواعد الفقهية:** لميرزا حسن الموسوي (البجنوردي) هكذا، مطبعة الآداب في النجف الأشرف، ١٣٨٩هـ - ١٩٦٩م.

ز - كتب الإباضية

١٥٢- **بيان الشرع:** لمحمد بن إبراهيم الكندي، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م، مطابع سجل العرب.

١٥٣- **شرح كتاب النيل وشفاء العليل:** لمحمد بن يوسف أطفيش، بهامش كتاب النيل وشفاء العليل، لضياء الدين عبد العزيز الثميني (ت ١٢٢٣هـ) مكتبة الإرشاد، جدة - المملكة العربية السعودية، ط٣، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

١٥٤- **العدل والإنصاف في معرفة أصول الفقه والاختلاف:** لأبي يعقوب يوسف بن إبراهيم الورجلاني (ت٥٧٠هـ)، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

١٥٥- **فصول الأصول:** لخلفان بن جميل السيابي، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م.

١٥٦- **قاموس الشريعة:** لجميل بن خميس السعدي، سلطنة عمان، وزارة التراث القومي والثقافة.

ح - كتب الظاهرية

١٥٧- **الإحكام في أصول الأحكام:** لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (ت٤٥٦هـ) دار الكتب العلميَّة، بيروت - لبنان، ط١، ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م.

١٥٨- **الأصول والفروع:** لابن حزم الأندلسي، تحقيق وتقديم وتعليق: د. محمد عاطف العراقي، والدكتورة/ سهير فضل الله أبو وافية، والدكتور/ إبراهيم إبراهيم هلال، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ١٩٧٨م، مطبعة حسان، القاهرة.

١٥٩- **المحلى:** لابن حزم، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط٢، ١٤٢٢هـ-٢٠٠١م.

١٦٠- **النُبذ في أصول الفقه الظاهري:** لابن حزم، قدم له وعلَّق عليه: محمد زاهد بن الحسن الكوثري، وكيل المشيخة الإسلامية في الخلافة العثمانية سابقًا، الناشر: المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.

١٦١– **آثار الحرب في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)**: أ.د/ وهبة الزحيلي، دار الفكر بدمشق، ط٢، ١٤١٩هـ–١٩٩٨م.

١٦٢– **أثر القصود في التصرفات والعقود**: د. عبدالكريم زيدان، مجموعة بحوث فقهية رقم (٥)، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٤٠٨هـ – ١٩٨٨م.

١٦٣– **أصول التشريع الإسلامي**: لعلي حسب الله، ملتزم الطبع والنشر: دار الفكر العربي، القاهرة، ط٧، ١٤١٧هـ – ١٩٩٧م.

١٦٤– **أصول الفقه الإسلامي**: د. عبدالمجيد مطلوب، (دون بيانات أخرى).

١٦٥– **أصول الفقه**: لمحمد أبي زهرة، ملتزم الطبع والنشر، دار الفكر العربي، القاهرة، تاريخ المقدمة ١٣٧٧هـ – ١٩٥٨م.

١٦٦– **بيان النُّصوص التشريعيَّة (طرقه وأنواعه)**: بدران أبو العينين بدران، الناشر: منشأة المعارف بالاسكندرية، ١٩٦٩م.

١٦٧– **التجديد في أصول الفقه**: دراسة وصفية نقدية: د. شعبان محمد إسماعيل، مكتبة دارالسلام بالقاهرة، والمكتبة الملكية، مكة المكرمة، ط١، ١٤٢٠هـ – ٢٠٠٠م.

١٦٨– **التعزير في الشريعة الإسلامية**: د. عبدالعزيز عامر، ملتزم الطبع والنشر: دار الفكر العربي، ط٤ (د.ت).

١٦٩– **تفسير النُصوص في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)**: لمحمد أديب صالح، مطبعة جامعة دمشق، ط١، ١٣٨٤هـ – ١٩٦٤م.

١٧٠– **تقريرات جاد الرب رمضان**: (محاضرات في كلية الشريعة) جامعة الأزهر، بهامش الأشباه والنظائر، للسيوطي، كتبها عنه سماعًا محقق الأشباه والنظائر للسيوطي: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي.

١٧١– **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (الجريمة)**: لمحمد أبي زهرة، ملتزم الطبع والنشر: دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩٨م، مطبعة المدني، المؤسسة السعودية بمصر – القاهرة.

١٧٢- **الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي (العقوبة)**: لمحمد أبي زهـرة، ملتـزم الطبع والنشر، دار الفكر العربي، القاهرة، مطبعة المدني، المؤسسة السعودية بمصر - القاهرة.

١٧٣- **دراسات في الأحوال الشخصيَّة (بحوث فقهيَّة مؤصَّلة)**: أ.د محمـد بلتـاجي، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، ط١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

١٧٤- **دور الرسول الكريم في إرساء معالم النظام الجنائي الإسـلامي**: د. محمـود نجيب حسني، ١٩٨٤م، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة.

١٧٥- **السياسة الجنائيَّة في الشريعة الإسـلامية**: د. أحمـد فتحـي بهنـسي، دار الشروق، القاهرة، وبيروت، ط١، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م، ط٢، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م.

١٧٦- **شرح القواعد الفقهية**: لأحمد بن الـشيخ محمـد الزرقـا(ت١٣٥٧هـ - ١٩٣٨م) قام بتنسيق ومراجعة الطبعة الأولى: د. عبدالستار أبوغدة والطبعة الثانيـة مصححة ومعلق عليها ومصدَّرة بمقدمة وبلمحة تاريخية عن تقعيـد القواعـد، بقلـم مصطفى أحمد الزرقا (ابن المؤلف) دار القلم، دمشق ط٦، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.

١٧٧- **ضوابط التفكير الفقهي (دراسة أصولية تطبيقية فـي القواعـد الـشرعيَّة)**: لعبداللطيف محمَّد عامر، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.

١٧٨- **العرف والعادة في رأي الفقهاء والأصوليين (عرض نظريـة فـي التـشريع الإسلامي)**: د. أحمد فهمي أبوسُنَّة، دار البـصائر - القـاهرة، ط٣، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

١٧٩- **علم أصول الفقه**: لعبدالوهاب خلاف، مكتبـة دار التـراث، القـاهرة، ط٧، ١٩٥٦م.

١٨٠- **الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد**: د. يوسف القرضاوي، الناشر: مكتبـة وهبة، القاهرة، ط٣، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، مطبعة المـدني، المؤسـسة الـسعودية بمصر، القاهرة.

١٨١- **الفقه الإسلامي وأدلته**: أ.د وهبة الزحيلي، دار الفكـر المعاصـر للطباعـة والنشر والتوزيع، دمشق - سوريا، التنفيذ الطباعي: المطبعة العلميَّة، دمـشق، ط٤، معدلة، ١٤١٨هـ - ١٩٩٧م.

١٨٢- **قاعدة الامور بمقاصدها (دراسة نظريه وتاصيليه)**: د. يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية – الريـــاض، ط١، ١٤١٩هـ – ١٩٩٩م.

١٨٣- **قاعدة اليقين لا يزول بالشك (دراسة نظرية تأصيلية وتطبيقية)**: د. يعقــوب عبدالوهاب الباحسين، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، المملكــة العربيــة الــسعودية، الرياض، ط١، ١٤٢١هـ – ٢٠٠٠م

١٨٤- **قاعدتان فقهيتان: العادة محكمة – لاَ ضَــرَرَ وَلاَ ضِــرَارَ**: د. أحمــد فهمــي أبوسُنّة، دار البصائر للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، ط١، ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٤م.

١٨٥- **قضايا فقهية معاصرة (شتل الجنين "تأجير الأرحام" – الخلع شرعًا وقانونًا – زواج المتعة – الزواج بنيّة الطلاق)**: لأستاذنا الدكتور/ يوسف عبد الرحمن الفــرت، ملتزم الطبع والنشر: دار الفكر العربي، القاهرة، ط١، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٤م.

١٨٦- **القواعد الأصولية عند القاضي عبدالوهاب البغدادي من خلال كتابه الإشراف على مسائل الخلاف**: د. محمد بن المدني الشنتوف، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دولة الإمارات العربية المتحدة – حكومة دبــي، سلــسلة الدراســات الأصولية (١٣)، ط١، ١٤٢٤هـ – ٢٠٠٣م.

١٨٧- **قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضــي عبدالوهاب البغدادي المالكي**: د. محمد الروكي، دار القلم، دمــشق، ومجمــع الفقــه الإسلامي، جدة، ط١، ١٤١٩هـ – ١٩٩٨م

١٨٨- **القواعد الفقهية (مفهومها، نشأتها، تطورُهــا، دراســةُ مؤلفاتهــا، أدلتهــا، مهمتُها، تطبيقاتُها)**: لعلي أحمد النــدوي، دار القلــم، دمــشق، ط٥، ١٤٢٠هـــــ – ٢٠٠٠م.

١٨٩- **القواعد الفقهية الخمس الكبرى والقواعد المندرجة تحتها (جمع ودراسة من مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية)**: د. إسماعيل بن حسن بن محمد علوان، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية – الدمام، ط١، ١٤٢٠هـ – ٢٠٠٠م.

١٩٠- **القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه**: د. محمد بكر إسماعيل، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ط١، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م

١٩١- **لمحة تاريخية عن القواعد الفقهية الكلية**: لمصطفى أحمد الزرقاء، في مقدمة كتاب: شرح القواعد الفقهية، لأحمد بن محمد الزرقاء.

١٩٢- **المبادئ العامّة للتشريع الجنائي الإسلامي (مدخل لدراسة الفقه الجنائي الإسلامي)**: د. رائف محمد النعيم، جهينة للنشر والتوزيع، عمّان - الأردن، ط١، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م.

١٩٣- **مبادئ الفقه الإسلامي (الشريعة الإسلامية والفقه الإسلامي - تاريخ الفقه الإسلامي ومصادره وقواعده الكلية - النظريات العامّة في الفقه الإسلامي)**: د. يوسف قاسم، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة سنة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

١٩٤- **المدخل الوسيط لدراسة الشريعة الإسلامية والفقه والتشريع**: د. نصر فريد واصل، مطبعة النصر، القاهرة، ط١، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.

١٩٥- **المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه**: للأستاذ: محمد مصطفى شلبي، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م.

١٩٦- **المدخل للفقه الإسلامي**: لمحمد سلام مدكور، ط١، (كتبه المؤلف في حدائق الزيتون ١٣٧٧هـ - ١٩٥٨م).

١٩٧- **مذكرة في أصول الفقه**: لطلبة السنة النهائية بكلية الحقوق جامعة عين شمس: لزكي الدين شعبان، طبع سنة ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م، جامعة عين شمس - كلية الحقوق، مطبعة دار التأليف.

١٩٨- **مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه**: لعبدالوهاب خلاف، ط٥، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت [الكتاب عبارة عن خلاصة محاضرات المؤلف بمعهد الدراسات العربية العليا في سنتي: ١٩٥٣م و١٩٥٤م، وموضوعها: مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه].

١٩٩- **المقاصد الشرعيّة في القواعد الفقهية**: د. عبدالعزيز محمد عزام، دار البيان للطباعة والنشر، القاهرة، ٢٠٠١م.

٢٠٠- **مقاصد الشريعة الإسلامية**: لمحمد الطاهر بن عاشور، الناشر: دار سحنون للنشر والتوزيع، تونس، ودار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة – مصر (نشر مشترك)١٤٢٧هـ – ٢٠٠٦م.
٢٠١- **المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي في التشريع الإسلامي**: أ.د محمد فتحي الدّريني، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط٣، ١٤١٨هـ – ١٩٩٧م.
٢٠٢- **النظام الجنائي (أسسه العامّة في الاتّجاهات المعاصرة والفقه الإسلامي)**: د.عبدالفتاح خضر، الجزءالأول، معهد الإدارة العامّة بالمملكة العربية السعودية، ١٤٠٢هـ – ١٩٨٢م.
٢٠٣- **نظرات في الشريعة الإسلامية**: د. عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م.
٢٠٤- **النظريات الفقهية**: د. محمد الزحيلي، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، والدار الشامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م.
٢٠٥- **الوجيز في أصول الفقه**: د. عبدالكريم زيدان، دار التوزيع والنشر الإسلامية، القاهرة، ط١، ١٤١٤هـ – ١٩٩٣م.
٢٠٦- **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكليّة**: د. محمد صدقي بن أحمد بن محمد البورنو أبي الحارث الغزّي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط٥، ١٤٢٢هـ – ٢٠٠٢م.

خامسًا: كتب معاصرة في الدراسات المقارنة بين الفقه والقانون

٢٠٧- **الإسلام وتقنين الأحكام (دعوة مخلصة لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية)**: د. عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، قدّم له الشيخ/ محمد أبو زهرة، ط٢، ١٣٩٧هـ – ١٩٧٧م (رقم ٩٤٥٧٨/ هـ مكتبة جامعة القاهرة كلية الحقوق ٢٥٠/ع ب ا).
٢٠٨- **بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون (أصول القانون مقارنة بأصول الفقه)**: د. محمد عبد الجواد محمد، ١٤١١هـ، ١٩٩١م، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية.

٢٠٩- **التشريع الجنائي الإسلامي مقارنًا بالقانون الوضعي:** لعبد القادر عودة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ـ لبنان، ط١٤، ١٤٢٢هـ ـ ٢٠٠١م.

٢١٠- **تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية (النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهين الوضعي والإسلامي):** د. محمد صبري السعدي، الناشر: دار النهضة العربية، ط١، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.

٢١١- **دليل الخطاب (مفهوم المخالفة) وأثر الاختلاف فيه في الفقه والقانون:** إعداد وترتيب: د. عبد السلام أحمد راجح، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، ط١، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

٢١٢- **شرح قانون الوصية (دراسة مقارنة لمسائله وبيان لمصادره الفقهية):** محمد أبو زهرة، ملتزم الطبع والنشر: دار الفكر العربي، القاهرة، ط٢، ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م، مطبعة المدني، المؤسسة السعودية بمصر، القاهرة.

٢١٣- **الفقه الإسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية:** محاضرات ألقاها الأستاذ: محمد شفيق العاني على طلبة قسم الدراسات القانونية ـ معهد الدراسات العربية العالية ـ جامعة الدول العربية، ١٩٦٥م، مطبعة لجنة البيان العربي.

٢١٤- **في منهجية التقنين (دراسة تحليلية في علم الشرائع وعلم أصول الفقه):** د. محمد كمال الدين إمام، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية، ١٩٩٧م.

٢١٥- **مبادئ الشريعة الإسلامية (المصدر الرئيسي للتشريع في مصر):** د. علي حسين نجيدة الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٩٠م.

٢١٦- **مصادر الشرعيّة الإسلامية مقارنة بالمصادر الدستورية:** للمستشار الدكتور: علي جريشة، الناشر: مكتبة وهبة، القاهرة، مطابع دار التراث العربي، ط٢، ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م.

٢١٧- **النظرية العامّة للعقوبة والتدابير الاحترازية بين الشريعة والقانون (دراسة مقارنة):** للمستشار: عزت حسنين، الهيئة المصرية العامّة للكتاب، ١٩٨٨م.

٢١٨- **أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء**: (بحث قدّم لنيل شهادة دكتوراه في أصول الفقه، من كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر، سنة ١٣٨٩هـ ـ ١٩٦٩م) د. مصطفى سعيد الخُن، والبحث موجود بكشف رسائل كلية الشريعة والقانون بمركز صالح كامل للدراسات التجارية الإسلامية، ميكروفيلم رقم ٣٢٨/٢- ٣ (٢)، والبحث مطبوع أيضا في مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ـ لبنان، ط٢، ١٤٢٤هـ ـ ٢٠٠٣م.

٢١٩- **الاجتهاد المقاصدي (حجيته ـ ضوابطه ـ مجالاته)**: الجزء الأول، د. نور الدين بن مختار الخادمي، كتاب الأمة (سلسلة دورية تصدر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية ـ قطر)، العدد (٦٥) السنة(١٨) ط١، ١٤١٩هـ – ١٩٩٨م.

٢٢٠- **الأصول المنطقية لفهم الواقع والقانون في الدعوى الجنائيَّة**: د. علي حموده، بحث منشور في مجلة حقوق حلوان، إصدار: كلية الحقوق ـ جامعة حلوان، العدد الأول، يناير ـ يونيو ١٩٩٩م.

٢٢١- **تأصيل فقه المقاصد**: د. إبراهيم رشاد محمد صبري (بحث منشور في حوليات كلية الآداب جامعة عين شمس، جمهورية مصر العربية، حولية دورية علمية محكمة، المجلد (٣٢) إبريل ـ يونيو ٢٠٠٤م.

٢٢٢- **حكم تشريح الإنسان بين الشريعة والقانون**: د. عبد العزيز خليفة القصار، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة (٢٢)، العدد الرابع، رمضان، ١٤١٩هـ – ديسمبر ١٩٩٨م تصدر عن مجلس النشر العلمي ـ جامعة الكويت.

٢٢٣- **خصائص التشريع الإسلامي (دراسة مقارنة بالقانون الوضعي)**: د. عباس حسني، بحث منشور في مجلة التشريع والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، تصدر عن مجلس النشر العلمي في جامعة الكويت، السنة التاسعة، العدد (٢٤)، رجب ١٤١٥هـ – ديسمبر ١٩٩٤م.

٢٢٤- **الدلالات اللغوية في أصول الفقه وتطبيقاتها في الشريعة والقانون**: د. عجيل جاسم النشمي، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة (١٣)، العدد الأول، شعبان،

١٤٠٩ هـ مارس ١٩٨٩م، ط٣، ١٩٩٧م، (والمجلة تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت).

٢٢٥- **الشرعيَّة الجنائيَّة كضمان لحماية الحرية الفرديـة دراسـة فـي التـشريع الأردني**: د. نظام توفيق المجالي، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة (٢٢)، العدد الرابع، رمضان ١٤١٩هـ ديسمبر ١٩٩٨م، تصدر عن مجلس النشر العلمي ـ جامعة الكويت.

٢٢٦- **قاعدة الأصل براءة المتهم بين الشريعة الإسلامية والقـانون الوضـعي**: أ.د عبدالمجيد مطلوب، بحث منشور في مجلة اتحاد الجامعات العربية لدراسة الـشريعة الإسلامية، تصدرها جامعة الأزهر، العدد الثـاني ـ الـسنة الأولـى، جمـاد أول، ١٤١٥هـ ـ أكتوبر ١٩٩٤م.

٢٢٧- **قاعدة العادة محكمة وتطبيقاتها على المعاملات المالية المعاصـرة (دراسـة مقارنة بالقانون الوضعي – بحث فقهي مقارن)**: لنيل درجة التخصص الماجـستير، إعداد الباحث: محمد محمود محمد حسن الجمال، جامعة الأزهر ـ كليـة الـشريعة والقانون – قسم الفقه المقارن، سنة ١٤٢٣هـ ـ ٢٠٠٢م، ورقمها بـسجل رسـائل الماجستير في الكلية (٣٢٤٩).

٢٢٨- **القانون والمجتمع في اليمن (تأثير العرف في الوعي الحقـوقي القـانوني)**: د.عبدالله الفسيل، سلسلة ندوات يصدرها المركز العام للدراسات والبحوث والإصدار، الجمهورية اليمنية، ندوة عقدها المركز في ٧ – ٨ مايو ٢٠٠٠م.

٢٢٩- **القواعد الأصولية عن القاضي عبد الوهاب البغـدادي مـن خـلال كتابـه: الإشراف على مسائل الخلاف**: د. محمد بن المدني الشنتوف، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دولة الإمارات العربية المتحدة – دبي، سلسلة الدراسـات الأصولية (١٣) ط١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م، [أصل الكتاب بحث قـدم لنيـل دبلـوم الدراسات العليا من كلية الآداب والعلوم الإنسانية، جامعة محمد الخامس، المغـرب، سنة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م].

٢٣٠- **القواعد الشرعيَّة وتطبيقاتها على المعاملات الماليـة المعاصـرة**: د. محمـد عبدالحليم عمر، طبع بمطبعة مركز صالح كامـل للاقتـصاد الإسـلامي، ٢٠٠٣م،

جامعة الأزهر – القاهرة، الحلقة النقاشية (١٨) (سلسلة الحلقات النقاشية).
٢٣١- **القواعد الشرعيّة ودورها في ترشيد العمل الإسلامي**: د. محمد أبو الفتح البيانوني، كتاب الأمة، صادر عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، قطر، العدد (٨٢) ربيع الأول ١٤٢٢هـ السنة (٢١).
٢٣٢- **قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف، للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي**: رسالة ماجستير (دبلوم الدراسات العليا في الدراسات الإسلامية، من جامعة محمد الخامس، كلية الآداب والعلوم الإنسانية بالرباط – المغرب، سنة ١٩٨٩م)، د. محمد الروكي، ط١، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م، دار القلم دمشق، مجمع الفقه الإسلامي ـ جدة.
٢٣٣- **القواعد الفقهية الخمس الكبري والقواعد المندرجة تحتها (جمع ودراسة من مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية)**: رسالة دكتوراه في الفقه، من كلية الشريعة الإسلامية بالمدينة النبوية، بدون تحديد سنة، د. اسماعيل بن حسن بن محمد بن علوان، ط١، ١٤٢٠هـ – ٢٠٠٠م دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية.
٢٣٤- **لا جريمة إلاّ بقانون ولا عقوبة إلاّ بنص**: رسالة ماجستير في الفقه الجنائي المقارن بالقوانين الوضعية، إعداد الباحث: حمدي رجب عبد الغني حسن، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، سنة ١٣٩٨هـ ـ ١٩٧٨م، مسجلة برقم (٢١٨٧) بسجل الماجستير بمكتبة الكلية.
٢٣٥- **المقاصد العامّة للشريعة الإسلامية**: د.يوسف حامد العالم، من إصدار المعهد العالمي للفكر الإسلامي، هيرندن، فرجينيا، الولايات المتحدة الأمريكية، سلسلة الرسائل الجامعية (٥) ط٢، ١٤١٤هـ، ١٩٩٣م، دار الأمان، الرباط.
٢٣٦- **نحو تفعيل مقاصد الشريعة**: د. جمال الدين عطية، سلسلة المنهجية الإسلامية (١٧)، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، عمّان ـ الأردن، ودار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق – سوريا، تنفيذ المطبعة العلميّة، دمشق، ط١، رجب ١٤٢٢هـ ـ سبتمبر ٢٠٠١م.

٢٣٧- **نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء**: لمحمد الروكي، تقديم د. فاروق حمادة، دار الصفاء، الجزائر العاصمة، ودار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ـ لبنان، ط١، ١٤٢١هـ ـ ٢٠٠٠م.

سابعًا:كتب القانون

٢٣٨- **الإجراءات الجنائيَّة في التشريع المصري**: د. مأمون محمد سلامة، الجزء الأول، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤/٢٠٠٥م.

٢٣٩- **الأحكام العامَّة للعقوبات وقواعد تنفيذها في قانون الجرائم والعقوبات اليمني والشريعة الإسلامية**: د.طاهر صالح العبيدي، مكتبة مركز الصادق، صنعاء - الجمهورية اليمنية، ط٣، ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦م.

٢٤٠- **الإدارة القضائية (إدارة المحكمة وما في حكمها) الدليل القضائي رقم (١)**: للقاضي عبدالملك عبدالله الجنداري، إصدارات وزارة العدل ـ الجمهورية اليمنية، المطبعة القضائية، صنعاء، ط١، ١٤٢٧هـ ـ ٢٠٠٦م.

٢٤١- **إصدار وصياغة الأحكام القضائية (الدليل القضائي ٢)**: للقاضي عبد الملك عبدالله الجنداري، وزارة العدل، المكتب الفني - الجمهورية اليمنية، المطبعة القضائية، صنعاء، ط١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

٢٤٢- **أصول الإجراءات القضائية والتوثيقات الشرعيَّة**: للشيخ: محمد حسين أبو سردانه، دار العلوم للنشر والتوزيع، عمّان ـ الأردن، ط١، ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م.

٢٤٣- **أصول القانون أو (المدخل لدراسة القانون)**: د. عبد الرازق أحمد السنهوري، ود. أحمد حشمت أبو ستيت، ملتزم الطبع والنشر، دار الفكر العربي، القاهرة، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، ١٩٥٢م.

٢٤٤- **تاريخ القانون اليمني، الجزء الأول، تاريخ نُظُم القانون العام**: د.عبدالله علي الفسيل، دار النهضة العربية ـ القاهرة.

٢٤٥- **تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية**: د. سامي جمال الدين، الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية.

٢٤٦- **تطوير القانون الجنائي طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية**: د. محمد عبد الشافي إسماعيل، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠٠٠م.

٢٤٧- **التفتيش في قانون الإجراءات الجزائية (دراسة مقارنة)**: د. إلهام محمد حسن العاقل، مركز المعلومات والتأهيل لحقوق الإنسان، عدن للطباعة والنشر، الجمهورية اليمنية، تعز، ط١، ٢٠٠٣م.

٢٤٨- **حقوق المتهم في مرحلة جمع الاستدلال**: د. محمد راجح نجاد، دار المنار، ٢٠٠٥م.

٢٤٩- **الحكم الجزائي في القانون اليمني**: د. محمد محمد سيف شجاع، منشورات مركز الصادق، صنعاء، ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤م.

٢٥٠- **دروس القانون المدني المقارن (مقدمة الدراسات المقارنة)**: لدبلومي الدراسات العليا في القانون الخاص والشريعة الإسلامية د. جميل الشرقاوي، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة.

٢٥١- **دروس في مدخل القانون**: عميد دكتور/ عوض محمد يعيش، ط١، ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤م.

٢٥٢- **الدستور والقانون الجنائي**: د. محمود نجيب حسني، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ١٩٩٢م.

٢٥٣- **دليل المفتش (التفتيش الدوري) الدليل القضائي رقم (٣)**: للقاضي عبد الملك عبدالله الجنداري، إصدارات وزارة العدل، المكتب الفني، الجمهورية اليمنية، المطبعة القضائية، صنعاء، ط١، ١٤٢٧هـ ٢٠٠٦م.

٢٥٤- **دليل كتبة المحاكم، الدليل القضائي رقم (٤)**: للقاضي عبد الملك عبدالله الجنداري، إصدارات وزارة العدل، الجمهورية اليمنية، المطبعة القضائية، صنعاء، ط١، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

٢٥٥- **شرح الأحكام العامّة للتشريع العقابي اليمني وفقًا لمشروع القانون الشرعي للجرائم والعقوبات، الجزء الأول: النظرية العامّة للجريمة**: د. علي حسن الشرفي، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.

٢٥٦- **شرح قانون أصول الأحكام القضائية الإسلامي السوداني الصادر بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٨٣م**: د. محمد شتا أبو سعد، راجعه فضيلة الشيخ: إبراهيم محمد

أبو سعد من علماء الأزهر الشريف، ط١، ١٤٠٤هـ – ١٩٨٤م (والكتاب موجود برقم ٩٤١١٠ و٥٦٢٤ و٢٥٧ م خ ش، بمكتبة كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة).

٢٥٧- **شرح قانون الإجراءات الجزائيّة اليمني**: د.محمد محمد سيف شجاع، ط٦، ٢٠٠٤ – ٢٠٠٥م، منشورات مركز الصادق، صنعاء.

٢٥٨- **شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الأول: الدعاوى الناشئة عن الجريمة، القسم الثالث: إجراءات المحاكمة**: د. مطهر علي صالح أنقع، ط٢، ١٤٢٧هـ – ٢٠٠٦م. مكتبة مركز الصادق، الجمهورية اليمنية – صنعاء.

٢٥٩- **شرح قانون الإجراءات الجزائيّة، القسم الثاني، الإجراءات السابقة على المحاكمة**: د. محمد راجح نجاد، المورد للطباعة والنشر، صنعاء، ط٢، ٢٠٠٣م.

٢٦٠-**شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص: جرائم الاعتداء على الأشخاص**: د. علي حسن الشرفي، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، القاهرة ط٢، ١٤١٧هـ – ١٩٩٦م.

٢٦١-**شرح قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم الخاص**: د. حسن علي مجلي، مكتبة خالد بن الوليد للنشر والتوزيع، وعالم الكتب اليمنية للنشر والتوزيع، الجمهورية اليمنية – صنعاء، ط١، ٢٠٠٤م.

٢٦٢- **القاعدة الجنائيّة على بياض (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي)**: د. عصام عفيفي حُسَيني عبد البصير، ط١، ٢٠٠٢ – ٢٠٠٣م، (مكان التواجد: مكتبة كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس برقم ٣٨٣٧٠/٣٤٥، ع.ع).

٢٦٣- **القاعدة القانونية (مدخل إلى دراسة القانون الوضعي)**: د. محمد طه بدوي، ملتزم الطبع والنشر: دار المعارف بمصر، ١٩٥٤م.

٢٦٤- **قانون الجرائم والعقوبات اليمني، القسم العام، الجزء الثاني، العقوبات**: د. طاهر صالح العبيدي، مكتبة مركز الصادق، صنعاء – الجمهورية اليمنية، ط٢، ٢٠٠٥ – ٢٠٠٦م.

٢٦٥- **القانون الجنائي**: المدخل وأصول النظرية العامّة، د.علي راشد، ط١، ١٩٤٧م (والكتاب موجود تحت رقم ٢٩ ع بمكتبة الطالب بكلية الحقوق ـ جامعة عين شمس).

٢٦٦- **قانون العقوبات، القسم العام**: د. عوض محمد، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، ١٩٨٣م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
٢٦٧- **القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الأول (جزائي ــ مدني)**: جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، المطبعة القضائية، المعهد العالي للقضاء، صنعاء، ط١، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٢٦٨- **القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الثاني، (تجاري ــ شخصي)**: جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا، الجمهورية اليمنية، ط١، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، المطبعة القضائية - صنعاء.
٢٦٩- **المادة (٣٥) من قانون السلطة القضائية**: خطابها ودلالتها، إعداد القاضي: محمد عبدالله السالمي عضو المكتب الفني بالمحكمة العليا، موضوع منشور في مجلة القواعد القضائية المستخلصة من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا، العدد الأول، الجزء الأول، جزائي ــ مدني، جمع وإعداد: المكتب الفني بالمحكمة العليا بالجمهورية اليمنية، ط١، ١٤٢٥هـ:، ٢٠٠٤م، المطبعة القضائية، اليمن، ــ صنعاء ــ المعهد العالي للقضاء.
٢٧٠- **المبادئ العامّة في قانون الإجراءات الجنائيّة**: أ.د. عوض محمد عوض، الناشر: دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٩م.
٢٧١- **مبادئ القانون**: د. محمد حُسَين عبد العال، الناشر: دارالنهضة العربية، القاهرة، ط٢، ١٩٩٨م.
٢٧٢- **المبادئ القانونية والقضائية في الدعاوى الجزائيَّة**: د. حسن علي مجلي، مركز عبادي للدراسات والنشر، صنعاء - الجمهورية اليمنية، ط١، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٢٧٣- **مبدأ الشرعيّة الجنائيّة، (دراسة مقارنة في القانون الوضعي والفقه الجنائي الإسلامي)**: د. عصام عفيفي حسيني عبد البصير، الناشر: دار النهضة العربية، القاهرة.

٢٧٤- **مجلة البحوث والأحكام القضائية اليمنية:** وزارة العدل، المحكمة العليا للنقض والإقرار، المكتب الفني، الجمهورية العربية اليمنية، العدد الأول، السنة الأولى، جمادى الثانية ١٤٠٠هـ - إبريل ١٩٨٠م.

٢٧٥- **محاضرات في المدخل للقانون:** د. حسن كيرة، دار نشر الثقافة بالإسكندرية، ١٩٥٤م.

٢٧٦- **المدخل للعلوم القانونية (موجز للنظرية العامَّة للقانون والنظرية العامَّة للحق):** د. توفيق حسن فرج، المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر، الإسكندرية، ١٩٧٠ - ١٩٧١م.

٢٧٧- **المدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، نظرية القانون:** د. رجب عبد الكريم عبد اللاه، كلية الحقوق ـ جامعة القاهرة، طبعة منقحة ومزيدة بأحدث التعديلات الدستورية، ٢٠٠٤م.

٢٧٨- **المسئولية الجزائيَّة في القانون اليمني والقضاء والفقه الشرعي:** د. حسن علي مجلي، مركز عبادي للدراسات والنشر، صنعاء ـ الجمهورية اليمنية، ط١، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

٢٧٩- الوجيز في مدخل القانون، د. محمد بن حسين الشامي، مكتبة الجيل الجديد، ودار النشر للجامعات، الجمهورية اليمنية ـ صنعاء، ط٢، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.

٢٨٠- **الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصيَّة (الزواج والفرقة وحقوق الأقارب):** د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم، طبعة ١٩٩٩م، [موجود بمكتبة كلية الحقوق ـ جامعة عين شمس برقم (٣٤٩١١)].

٢٨١- الوسيط في قانون العقوبات، القسم الخاص د. أحمد فتحي سرور، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، ١٩٨٥م، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي.

ثامناً: كتب المعاجم

٢٨٢- **تاج العروس:** للسيد محمد مرتضى الزَّبيدي، (ت ١٢٠٥ هـ)، الناشر: دار ليبيا للنشر والتوزيع، بنغازي.

٢٨٣- **تحرير التنبيه (معجم لغوي):** لمحيي الدين أبي زكريا يحي بن شرف النووي (٦٧٦هـ) والتنبيه هو لجمال الدين أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز

آبادي الشيرازي (ت٤٧٦هـ) تحقيق: د. فايز الدَّاية، ود. محمد رضوان الدَّاية، دار الفكر المعاصر، بيروت – لبنان، ودار الفكر، دمشق ـ سوريا، ط١، ١٤١٠هـ – ١٩٩٠م.

٢٨٤- **التعريفات:** لعلي بن محمد الجرجاني (ت ٤٦٦هـ) وضع حواشيه وفهارسه: محمد باسل عيون السود، منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميَّة، بيروت ـ لبنان، ط١، ١٤٢١هـ – ٢٠٠٠م.

٢٨٥- **الكليَّات (معجم في المصطلحات والفروق اللغوية):** لأبي البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي (ت ١٠٩٤هـ) قابله على نسخة خطية وأعده للطبع ووضع فهارسه: د.عدنان درويش، ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة للطبع والنشر والتوزيع، بيروت ـ لبنان، ط٢، ١٤١٩هـ ـ ١٩٩٨م.

٢٨٦- **لسان العرب:** لأبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي، المصري، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد بالمملكة العربية السعودية، طبع دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م.

٢٨٧- **مختار الصحاح:** لمحمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، ترتيب: محمود خاطر، مراجعة: لجنة مركز تحقيق التراث بدار الكتب المصرية ـ الهيئة العامَّة المصرية للكتاب.

٢٨٨- **معجم تهذيب اللغة:** لأبي منصور محمد بن أحمد الأزهري (٢٨٢ – ٣٧٠هـ) مرتب ترتيبًا ألفبائيًا وفق الحروف والأصول، تحقيق: د. رياض زكي قاسم، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ـ لبنان، ط١، ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م.

تاسعًا:كتب التراجم

٢٨٩- **أخبار القضاة:** لمحمد بن خلف بن حيان المعروف بوكيع (ت ٣٠٦ هـ) عالم الكتب، بيروت.

٢٩٠- **الاستيعاب في معرفة الأصحاب:** لأبي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن

عبد البر القرطبي (ت ٤٦٣هـ) تحقيق وتعليق: علي محمد معوّض، وعادل أحمد عبدالموجود، تقديم: أ.د محمد عبد المنعم البري، ود. جمعة طاهر النجار، دار الكتب العلميّة، بيروت ــ لبنان، ط١، ١٤١٥هـ ١٩٩٥م.

٢٩١- **أسد الغابة في معرفة الصحابة:** لعز الدين بن الأثير أبي الحسن علي بن محمد الجزري (ت٦٣٠هـ) كتاب الشعب.

٢٩٢- **الإصابة في تمييز الصحابة:** لابن حجر العسقلاني أحمد بن علي (ت٨٥٢هـ) حقق أصوله وضبط أعلامه ووضع فهارسه: علي محمد البجاوي، دارنهضة مصر للطبع والنشر، القاهرة.

٢٩٣- **الأعلام: قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين:** لخير الدين الزركلي، دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط٦، نوفمبر ١٩٨٤م.

٢٩٤- **إنباه الرواه على أنباه النحاة:** للوزير جمال الدين أبي الحسن علي بن يوسف القفطي (ت ٦٢٤هـ) تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، طبعة دار الفكر العربي، القاهرة، ومؤسسة الكتب الثقافية، بيروت - لبنان، ط١، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

٢٩٥- **الأنساب:** لأبي سَعْد عبد الكريم بن محمد بن منصور التميمي السمعاني (ت٥٦٢هـ) تقديم وتعليق: عبدالله عمر البارودي، ملتزم الطبع والنشر: دار الجنان، بيروت - لبنان، ط١، ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.

٢٩٦- **إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون:** لإسماعيل باشا بن محمد أمين الباباني أصلاً والبغدادي مولدًا وسكنًا (ت١٣٣٩هـ) عني بتصحيحه وطبعه على نسخة المؤلف: محمد شرف الدين بالتقايا، ورفعت بيلكة الكليسي، دار الكتب العلميّة، بيروت - لبنان، ١٤١٣هـ - ١٩٩٢م.

٢٩٧- **البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع:** لمحمد بن علي الشوكاني (ت١٢٥٠هـ) دار المعرفة للطباعة، بيروت ــ لبنان.

٢٩٨- **بُغية الوُعاة في طبقات اللغويين والنحاة:** لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت٩١١هـ) تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم، طبعة المكتبة العصرية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت ــ لبنان.

٢٩٩- **تاج التراجم**: لأبي الفداء زين الدين قاسم بن قطلو بُغا السودوني (ت٨٧٩هـ) حققه وقدّم له: محمد خير رمضان يوسف، دار القلم، دمشق، ط١، ١٤١٣هـ ـ ١٩٩٢م.

٣٠٠- **تاريخ بغداد أو مدينة السلام منذ تأسيسها حتى سنة ٤٦٣هـ**: للخطيب البغدادي، دار الكتب العلميّة، بيروت – لبنان.

٣٠١- **التعليقات السَّنية على الفوائد البهية**: بهامش الفوائد البهية في تراجم الحنفية ـ كلاهما: لأبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي، عنى بتصحيحه وتعليق بعض الزوائد عليه: السيد محمد بدر الدين أبو فراس النعساني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

٣٠٢- **خلاصة تهذيب الكمال في أسماء الرجال**: للحافظ: صفيّ الدين أحمد بن عبدالله الخزرجي، تحقيق: محمد عبد الوهاب فايد، الناشر: مكتبة القاهرة، مصر، بدون تاريخ.

٣٠٣- **دراسات إسلامية في الأصول الإباضية**: لبكير بن سعيد أعوشت، ط٢، ١٤٠١هـ – ١٩٨١م دون بيانات أخرى.

٣٠٤- **الدّرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة**: لشيخ الإسلام شهاب الدين أحمد بن حجر العسقلاني (ت ٨٥٢هـ) حققه وقدم له ووضع فهارسه: محمد سيد جاد الحق، دار الكتب الحديثة، القاهرة، مطبعة المدني، القاهرة.

٣٠٥- **الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب**: لابن فرحون المالكي (ت ٧٩٩هـ) تحقيق وتعليق: د. محمد الأحمدي أبو النور، دار التراث للطبع والنشر، القاهرة.

٣٠٦- **سير أعلام النبلاء**: لشمس الدين محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي (ت ٧٤٨هـ) حققه وخرج أحاديثه: شعيب الأرنؤوط، ومحمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ط١، ١٤٠٥ هـ – ١٩٨٤م.

٣٠٧- **شجرة النور الزكية في طبقات المالكية**: لمحمد بن محمد بن مخلوف، الناشر: دار الكتاب العربي، بيروت ـ لبنان، طبعة جديدة بالأوفست، عن الطبعة الأولى ١٣٤٩هـ المطبعة السلفية ومكتبتها.

٣٠٨- **شذرات الذهب في أخبار من ذهب:** لأبي الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي (ت١٠٨٩هـ) دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.
٣٠٩- **الضوء اللامع لأهل القرن التاسع:** لشمس الدين محمد بن عبد الرحمن السخاوي (ت٩٠٢هـ) منشورات: دار مكتبة الحياة، بيروت – لبنان.
٣١٠- **طبقات الشافعية الكبرى:** لتاج الدين أبي نصر عبد الوهَّاب بن علي بن عبد الكافي السبكي، تحقيق: عبد الفتاح محمد الحلو، ومحمود محمد الطناحي، ط١، ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م، نشر: عيسى البابي الحلبي، القاهرة.
٣١١- **طبقات المفسرين:** لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي (ت٩١١هـ) تحقيق: علي محمد عمر، مكتبة وهبة، القاهرة، ط١، ١٣٩٦هـ – ١٩٧٦، طبع مطبعة الحضارة العربية، الفجالة.
٣١٢- **الفتح المبين في طبقات الأصوليين:** للأستاذ/ عبدالله مصطفى المراغي، الناشر: محمد أمين دمج وشركاه، بيروت ــ لبنان، ط٢، ١٣٩٤هـ – ١٩٧٤م.
٣١٣- **الفوائد البهية في تراجم الحنفية:** لأبي الحسنات محمد عبد الحي اللكنوي الهندي، عني بتصحيحه وتعليق بعض الزوائد عليه: السيد/ محمد بدر الدين أبو فراس النعساني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت – لبنان.
٣١٤- **الكواكب السائرة بأعيان المائة العاشرة:** لنجم الدين الغزي (ت١٠٦١هـ) حققه وضبط نصه: جبرائيل سليمان جبُور، الناشر: محمد أمين دمج وشركاه، بيروت ــ لبنان.
٣١٥- **معجم الأدباء أو إرشاد الأريب إلى معرفة الأديب:** لأبي عبدالله ياقوت بن عبدالله الرومي الحموي (ت٦٢٦هـ) منشورات: محمد علي بيضون، دار الكتب العلميَّة، بيروت – لبنان، ط١، ١٤١١هـ – ١٩٩١م.
٣١٦- **معجم المؤلفين: تراجم مصنفي الكتب العربية:** لعمر رضا كحالة، الناشر: مكتبة المثنى، بيروت، ودار إحياء التراث العربي، بيروت.
٣١٧- **الملل والنحل:** لأبي الفتح محمد بن عبد الكريم الشهرستاني (ت ٥٤٨هـ) صححه وعلق عليه: الأستاذ/ أحمد فهمي محمد، دار الكتب العلميَّة، بيروت ــ لبنان، د.ت.

٣١٨- **نيل الابتهاج بتطريز الديباج**: لأحمد بابا التُّنْبُكتي، (ت١٠٣٦هـ) إشراف وتقديم: عبد الحميد عبدالله الهرّامة، وضع هوامشه وفهارسه: طلاب من كلية الدعوة الإسلامية بطرابلس، منشورات: كلية الدعوة الإسلامية، طرابلس، الجماهيرية العربية الليبية، ط١، ١٣٩٨هـ - ١٩٨٩م.

٣١٩- **نيل الوطر في تراجم رجال اليمن في القرن الثالث عشر**: لمحمد بن محمد زبارة الصنعاني، تحقيق ونشر: مركز الدراسات والأبحاث اليمنية، الجمهورية العربية اليمنية ـ صنعاء، دار العودة، بيروت.

٣٢٠- **هدية العارفين في أسماء المؤلفين وآثار المصنفين من كشف الظنون**: لإسماعيل باشا بن محمد أمين اليابانى أصلاً والبغدادي مولدًا وسكنًا (ت١٣٣٩هـ) دار الكتب العلميَّة، بيروت ـ لبنان، ١٤١٣ هـ ١٩٩٢م.

٣٢١- **الوافي بالوفيات**: لصلاح الدين خليل بن أيبك الصفدي (ت٧٦٤هـ)، ط٢ غير منقحة، باعتناء هلموت ريتر، دار النشر، فرانز شتايز، بفيسباون، ألمانيا، ١٣٨١هـ - ١٩٦٢م.

٣٢٢- **وفيات الأعيان**: لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان (ت٦٨١هـ) تحقيق: د. إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.

عاشرًا: قوانين وتشريعات

٣٢٣- **تقرير لجنة العدل والأوقاف حول مشروع القرار الجمهوري بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٩٢م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني**: الجمهورية اليمنية ـ مجلس النواب ـ لجنة العدل والأوقاف ـ الفصل التشريعي ١٩٩٧ - ٢٠٠٠م رقم ٧ تاريخ ٤ جمادى الأولى ١٤٢١هـ ـ الموافق ٥ أغسطس ٢٠٠٠م.

٣٢٤- **تقرير لجنة تقنين أحكام الشريعة الإسلامية حول مشروع تعديل القرار الجمهوري رقم ١٩ لسنة ٩٣ بشأن إصدار القانون المدني (الكتاب الأول)**: المرفوع إلى مجلس النواب بالجمهورية اليمنية، برقم ١/٢٠٠٠ بتاريخ ٢٠٠٠/٦/١٢م.

٣٢٥- **جدول تحديد الديات والأروش وفقًا للقانون الصادر بالقرار الجمهوري رقم**

٣٢ لسنة ٢٠٠٦م بتعديل المادة (٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات: وهذا البيان عبارة عن جدول صادر من محكمة أستئناف محافظتي: صنعاء، والجوف، بتاريخ ١٤٢٧/١١/٢٨هـ الموافق ٢٠٠٦/١٢/١٨م إعداد القاضي: محمد أمين الشعراني، نشر: مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء ـ الجمهورية اليمنية.

٣٢٦- **جدول تحديد الديات والأروش وفقًا للقرار الجمهوري بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات:** وزارة العدل، الجمهورية اليمنية، غرة المحرم، ١٤١٦هـ، الموافق ٣١ مايو ١٩٩٥م، إعداد القاضي: محمد أمين الشعراني مدير عام المحاكم بوزارة الغدل، نشر: مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء.

٣٢٧- **دستور الجمهورية اليمنية:** وزارة الشئون القانونية، إبريل ٢٠٠١م.

٣٢٨- **قانون رقم (١٤) لسنة ٢٠٠٢م، بشأن القانون المدني:** الجمهورية اليمنية، وزارة الشئون القانونية، إبريل، ٢٠٠٢م.

٣٢٩- **قانون رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٨م بتعديل بعض مواد القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة:** الجريدة الرسمية، العدد (٢٢) الصادر بتاريخ ١١ شعبان ١٤١٩ هـ ـ الموافق ٣٠ نوفمبر ١٩٩٨م، والعدد (٧)، الصادر بتاريخ ٢٩ ذو الحجة ١٤١٩هـ - الموافق ١٥ إبريل ١٩٩٩م، نشر: مكتبة خالد بن الوليد للطباعة والنشر والتوزيع، وعالم الكتب اليمنية للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء - الجمهورية اليمنية.

٣٣٠- **قانون رقم (٣٤) لسنة ٢٠٠٣م بتعديل بعض أحكام القرار الجمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصية:** الجريدة الرسمية، العدد (٦) لسنة ٢٠٠٣م.

٣٣١- **قانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٢م بشأن المرافعات والتنفيذ المدني:** الجمهورية اليمنية، وزارة الشئون القانونية، أكتوبر ٢٠٠٢م، الجريدة الرسمية، العدد (١٩) الصادر بتاريخ ٨ شعبان ١٤٢٣هـ- الموافق ١٥ أكتوبر ٢٠٠٢م.

٣٣٢- **قانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٩٩م، بتعديل بعض أحكام القرار الجمهوري بالقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة:** الجريدة الرسمية، العدد

السابع الصادر بتاريخ ١٦ من ذي الحجة ١٤١٦هـ الموافق ٣ إبريل ١٩٩٦م نشر مكتبة خالد بن الوليد للطباعة والنشر والتوزيع وعالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع صنعاء.

٣٣٣- **قرار جمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات:** الجمهورية اليمنية، وزارة الشئون القانونية، منشور في الجريدة الرسمية، العدد (١٩ج٣) لسنة ١٩٩٤م، توزيع: مكتبة خالد بن الوليد، صنعاء.

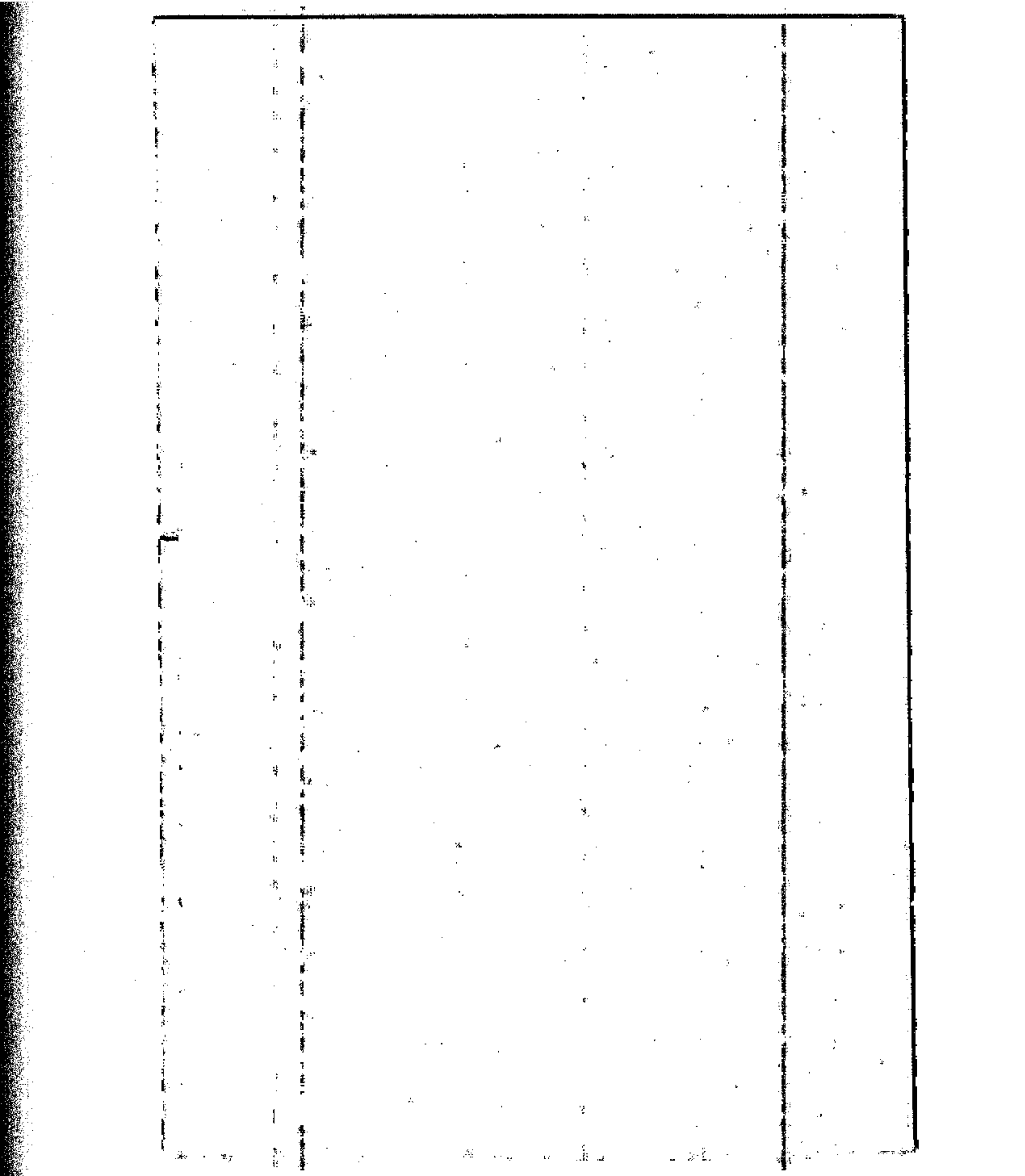
٣٣٤- **قرار جمهوري بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م بشأن الإجراءات الجزائية:** الجمهورية اليمنية، وزارة الشئون القانونية، منشور في الجريدة الرسمية، العدد (١٩ج٤) لسنة ١٩٩٤م.

٣٣٥- **قرار جمهوري بالقانون رقم (١٦) لسنة ١٩٩٥م بتعديل المادة (٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م:** الجمهورية اليمنية، وزارة الشئون القانونية، الجريدة الرسمية، العدد العاشر لسنة ١٩٩٥م.

٣٣٦- **قرار جمهوري بالقانون رقم (٢٠) لسنة ١٩٩٢م بشأن الأحوال الشخصيَّة:** الجريدة الرسمية ـ العدد السابع ـ الصادر بتاريخ ٢٧ رمضان ١٤١٢هـ الموافق ٣١ مارس ١٩٩٢م نشر مكتبة خالد بن الوليد للطباعة والنشر والتوزيع، وعالم الكتب اليمنية للطباعة والنشر والتوزيع، صنعاء.

٣٣٧- **قرار جمهوري بالقانون رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٦م بتعديل المادة (٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات:** منشور مع قانون الجرائم والعقوبات.

٣٣٨- **المذكرة الإيضاحية للقانون المدني:** توزيع ونشر: مكتبة خالد بن الوليد للطباعة والنشر والتوزيع، وعالم الكتب اليمنية للطباعة والنشر والتوزيع، الجمهورية اليمنية – صنعاء.



الملاحق

(بعض الوثائق المتعلّقة بموضوع البحث)

وتشتمل على: -

أولاً: وثائق من أحكام المحكمة العليا في اليمن في قضايا الأحوال الشخصيَّة.

ثانيًا: وثائق من أحكام المحكمة العليا في اليمن في القضايا الجنائيَّة.

ثالثًا: وثائق تحديد الديات والأروش وفقًا للتعديلات القانونية.

أولا: بعض الأحكام القضائية الصادرة من المحكمة العليا في قضايا الأحوال الشخصيَّة

الوثيقة رقم (١)

الباب الخامس والعشرون

وكالة

(وكيل الغائب) . ولاية تنصيبه ١٦ رمضان سنة ١٣٦٧هـ

الموجز

للمحكمة ان تنصّب وكيلا عن الغائب ـ عند الاقتضاء ـ للمحافظة على اموّاله .

المبدأ

((للحاكم التوكيل لمن يحاكم المختصين لكان الولاية لمنه على مال الغائب)) .

التعليق

تنص المادة (٥٣) من القانون المدني على ان ((الغائب الذى خفي مكانه وانقطعت اخباره ومضت سنة على غيابه ولم يكن له وكيل او ولي او وصي تعتبر زوجته واولاده البالغون وكلاء عنه في ماله لادارته والمحافظة عليه والانفاق منه على من تلزمه نفقتهم وقضاء ديونه واقتضاء حقوقه ،فأذا لم يكن له زوجة ولا اولاد او ثبت تفريطهم و خشي ضياع المال تعين المحكمة منصوبا عنه مقدمة في ذلك الرشيد الامين من اقاربه تسلم اليه اموال الغائب للمحافظة عليها وتكون له سلطات الوصي وعليه واجباته تحت اشراف المحكمة)) .

الوثيقة رقم (٢)

جلسة ٢٧ رجب لسنة ١٤١٩ هـ الموافق ١٠ / ١١ / ١٩٩٨م

برئاسة القاضي/ محمد محمد يحيى لطف الشامي، رئيس الدائرة، وعضوية القضاة: محسن محمد أحمد الأهدل، حسن حسن محمد حنش، محمد محمد أحمد المشرع، إسماعيل عبدالله الرقيحي.

(٢)

طعن رقم (٥١٦) لسنة ١٤١٩هـ (شخصي)

الموجز:

الدعوى على غير واضع اليد.. حكمها.

القاعدة:

بعد المداولة تبين عدم سداد ما قرره الحاكم وكذلك يلزم عدم سداد ما قررته المحكمة الاستئنافية ذلك أن وكيل المدعى عليه أجاب بأن المواضع المدعى فيها لم تكن تحت ثبوت موكله وإذا فمن شرط صحة الدعوى ثبوت يد المدعى عليه على الحق وكان على الحاكم أن يلزم المدعي بالبينة على أن المدعى فيه تحت يد المدعى عليه أولاً.

الحكم

وبعد المداولة تبين عدم سداد ما قرره الحاكم ويلزم عدم سداد ما قررته المحكمة الاستئنافية ذلك أن وكيل المدعى عليه أجاب بأن المواضع المدعى فيها لم تكن تحت ثبوت موكله وإذاً من شروط صحة الدعوى ثبوت يد المدعى عليه على الحق وكان على الحاكم أن يلزم المدعي بالبينة على أن المدعى فيه تحت يد المدعى عليه أولاً وبالذات ثم يلزم المدين ببينة ثبوت الملك لمورثهم "........." وكل ذلك لم يكن وأيضاً جاء في جزم الحاكم أن مخلف "........."زوجة "........." يكون لأخيها فرضاً ورداً إن لم يكن ثم عاصب على أن الذي جاء في الدعوى أن وراثة "........." منحصرة في أختيها المذكورتين ومن العصبة أولاد أخيها "........." ثم كان من واجب الحاكم مع هذا كله أن يبحث بحثاً دقيقاً إذا انكشف أن المواضع المدعى فيها تحت يد المدعى عليه ويسأل المدعى عليه من أين جاءت له هذه المواضع وهل شملها فصل والدها.

على أنه إذا تحقق من صحة المسودة وعرف أن المواضع المذكورة مما تعين "........." فهي حجة على المدعى عليه لأن الفصول حجة بين المتقاسمين والد المدعى عليه وعمه وغيرهما لهذا لزم الإرجاع إليكم للتوجيه وتقرير اللازم.

والله ولي التوفيق.

الوثيقة رقم (٣)

جلسة ٢١ربيع الأول سنة ١٤٢٠هـ الموافق ٣ / يوليو /١٩٩٩م

برئاسة القاضي محمد محمد يحيى لطف الشامي. رئيس الدائرة.
وعضوية القضاة: محسن محمد أحمد الأهدل. حسن حسن محمد حنش.
محمد محمد أحمد المشرع. إسماعيل عبدالله الرقيحي.

(٣)

قرار رقم ٤١٣ لسنة ١٤٢٠ هـ أحوال شخصية أ.

الموجز:

لا يبطل حق بالسكوت.

القاعدة:

ما قرره الحاكم وأيدته فيه محكمة استئناف حضرموت من رفض دعوى المدعية كما أفاده الحاكم من أن الدعوى لم تستند إلى أساس قانوني وأشار أن المدعية قد علمت بتصرف المدعى عليه ولم تطالب. محل نظر ! علما أن القواعد الشرعية تقتضي بأنه لا يبطل حق بالسكوت.

الحكم

بعد دراسة الملف وفحص كل ما فيه من أوراق ومحاضر وبعد المداولة والتأمل وإمعان النظر وجدنا ما قرره الحاكم وأيدته فيه محكمة استئناف حضرموت من رفض الدعوى "........." لما أفاده الحاكم من أن الدعوى لم تستند إلى أساس قانوني وأشار إلى أن المدعية"........." قد عملت بتصرف المدعى عليه "........." ولم تطالب محل نظر علما بأن القواعد الشرعية تقضي بأنه لا يبطل حق بالسكوت. فالتعليل عليل وهزيل فالدنيا تعج بالظلم وما الناس إلا ظالم ومظلوم هذا مع وجود قصور في الإجراءات لهذا لزم إرجاع القضية إلى الحاكم لإعادة النظر مع إلزام المدعية "........." بتحديد البيت وتمييزها تمييزاً واضحاً بالحد أو بالصفة او باللقب.

هذا ما قررته الدائرة. ...

الوثيقة رقم (٤)

جلسة ٢٠ جمادى الأولى ١٤٢٠هـ الموافق ٣١/ ٨/ ١٩٩٩م

برئاسة القاضي/ محمد محمد يحيى لطف الشامي، رئيس الدائرة، وعضوية القضاة: محسن محمد أحمد الأهدل، حسن حسن محمد حنش، محمد محمد أحمد المشرع، إسماعيل عبدالله الرقيحي.

(١٥)

طعن رقم (٢٨٩) لسنة ١٤٢٠هـ (شخصي)

الموجز:

لا إرث ولا قسمة إلاَّ بعد ثبوت الوفاة حقيقة أو حكماً.

القاعدة:

لا تقر المقاسمة ولا التوارث حتى يتحقق موت ــ المورثة ــ أو مضي عمرها الطبيعي.

الحكم

ولما قدم على ذلك من الطعن أمام المحكمة العليا من الطاعن "........." و "........." أهم ما جاء فيه أن المحكمة الاستئنافية كانت قد قررت تأييد الحكم الابتدائي إلى أنها رجعت بعد أن طلب المدعي اليمين وما كان لها أن تنقض ما أبرمت وكان عليها أن تلزم المدعي بتقديم عريضة طعنه إلى المحكمة العليا وأنه لا وجه لقبول دعوى المدعي لمخلف... بعد وقوع القسمة في مخلفها وأن الأيمان غير حجه عليه.. الخ ومذكرة الرد من المطعون ضدهم والذي خلاصته أن "........." قد اعترف مالهم من الحق وأنه نكل عن اليمين وأنه سبق الاتفاق فيما بينهم وبين الغرماء لتنفيذ الحكم وفعلاً خرج العدل وأجريت القسمة في البعض وانتهت إجازته فسافر..الخ

هذا وبعد المداولة والتأمل تبين أن المحكمة الاستئنافية أصدرت قراراً بتاريخ ٢٨ سنة ١٤١٨هـ وفيه تأييد الحكم الابتدائي بكل فقراته ولما تنطق به .وفي أثناء ذلك طلب المدعي اليمين من المدّعي عليهم بشأن البصيرة المؤرخة في ١٣٣١هـ والمؤرخة ١٣٨١هـ وبشأن موت "........." قبل وفاة أخته "........." فلم يمضي المدعى عليهم باليمين بحسب الطلب فاستأنفت المحكمة قراراً آخر والذي جاء فيه بعد ذكر الحيثيات أن المتوجه على أولاد الحاج "........." إ طلاق ما

تعين "........" من بعد والدها وهو الأربعة الحبال في حدبة المدحاجية مع ضم ما أتى لها من بعد أخيها "........" بحسب تنزيل الحاكم وهو أربعة قراريط ونصف وسدس وربع قيراط وثلث سدس ربعة ما بقي لها غير ما ذكر ميراثاً فقد اعترف ورثها بأنه تحت أيديهم كما اعترف "........" أن مخلف "........" ما ورثته من بعد والدها ومن بعد أخيها "........" تحت أيديهم ولم يبق لها سوى ما ورثته من بعد أخيها "........" ومن بعد أمها "........" وذلك ثلاثة قراريط إلا ربع وكسور إلى أن جاء في القرار ومع إيضاح السيد الفصيح وبعض بني "........" إنها غابت في سنة ١٣٦٢هـ أو ثلاثة وستين وعمرها يقدر باثنتي عشر سنة وموت أخيها ... "........" كان في سنة غيابها فإن الشعبة لا تقر المقاسمة ولا التوارث حتى يتحقق موتها أو مضي عمرها الطبيعي، وقد وجد ما قررته الشعبة الاستئنافية موافقاً لما تبين أن القرار بني بعضه على النكول عن اليمين فيما يتعلق بشراء بني "........" في البصيرتين المشار إليهما وبعضه بني على المصادقة

هذا ما قررته الدائرة والله ولي التوفيق

الوثيقة رقم (٥)

جلسة ٢٢ جمادى الأولى لسنة ١٤٢٠ هـ الموافق ٢ /٥ /١٩٩٩ م

برئاسة القاضي/ محمد محمد يحيى لطف الشامي، رئيس الدائرة، وعضوية القضاة: محسن محمد أحمد الأهدل، حسن حسن محمد حنش، محمد محمد أحمد المشرع، إسماعيل عبدالله الرقيحي.

(١٧)

طعن رقم (٢٩٣) لسنة ١٤٢٠هـ (شخصي)

الموجز:

إذا لم تبرز وصية المورث فالأصل عدمها، ولعدم وجود فصول للقسمة مضمنة في محصل الشجار يلزم إعادة القسمة.

القاعدة:

بعد المداولة وإمعان النظر نجد أنه لا وصية مبرزة للمورث والأصل عدمها واعتراف "........."غير ملزم للمدعى عليهما وما حكم به الحاكم من وجوب العمل بالقسمة الأولى وإلغاء الثانية بدون دليل ولا مرجح غير سديد فليس أولى من أن تكون القسمة الأخرى هي الناسخة للأولى لو ثبتت. وعليه وحيث لم نجد في محصل الشجار تضمين فصول القسمة سواء الأولى أو الأخرى فاللازم إعادة القسمة بين الورثة على الفرائض الشرعية.

الحكم

ولما قدم على ذلك من الطعن المرفوع إلى المحكمة العليا من الطاعنة "........." ومن أهم ما ذكر فيه أن محكمتي مكيراس الابتدائية وأبين الاستئنافية خالفتا نصوص المواد (١٦) من قانون الإثبات والمادة (١٣٨) من القانون بشأن المرافعات وأن الدعوى لا تسمع من المقاسم أو وارثة في قسمة مستوفية شروط صحتها إلا من القاصر بعد بلوغه والغائب بعد حضوره، وطلبت إصدار حكم بإجراء الوصية توافقا مع نص المادة (٢٣٤) أحوال شخصية رقم (٢٠) والحكم لها بالمخاسير وإلغاء الحكمين الابتدائي والاستئنافي المذكورين، والرد على ذلك من "........." المدعي في الأصل – بالنقيض، وطلب رفض الطعن لما اشتمل عليه من تناقضات وتركيبات ملتوية وتأييد الحكم والحكم له بالمخاسير، وبعد المداولة وإمعان النظر نجد أنه لا وصية مبرزة للمورث والأصل عدمها واعتراف "........." غير ملزم للمدعى عليها وما حكم به الحاكم من وجوب العمل بالقسمة الأولى وإلغاء الثانية بدون دليل ولا مرجح غير سديد فليس أولى من أن تكون القسمة الأخرى هي الناسخة للأولى لو ثبتت. وعليه وحيث لم نجد في محصل الشجار تضمين فصول القسمة سواء الأولى أو الأخرى فاللازم إعادة القسمة بين الورثة على الفرايض الشرعية

يحضرها جميع الورثة. اما الوصية فلم تثبت وما راه الحاكم على الورثة من دفع أجرة ... فصواب من باب الاستحسان.

هذا ما قررته الدائرة والله ولي التوفيق وهو حسبنا ونعم الوكيل.

الوثيقة رقم (٦)

جلسة ٢٧ جمادى الأولى لسنة ١٤٢٠ هـ الموافق ٧ /٩ /١٩٩٩ م

برئاسة القاضي/ محمد محمد يحيى لطف الشامي، رئيس الدائرة، وعضوية القضاة: محسن محمد أحمد الأهدل، حسن حسن محمد حنش، محمد محمد أحمد المشرع، إسماعيل عبدالله الرقيحي.

(٢٢)

طعن رقم (٢٩٩) لسنة ١٤٢٠هـ (شخصي)

الموجز:

إذا اشتملت القسمة على الضرار وصار ما بيد كل واحد لا ينتفع به فالحكم بإعادتها صحيح.

القاعدة:

ما قرره الحاكم وأيدته فيه محكمة استئناف محافظة إب من إعادة القسمة على الوجه الصحيح وعلى وجه الانتفاع لكون القسمة الأولى ضراراً موافقاً.

الحكم

هذا وبعد المداولة والتأمل وإمعان النظر وجدنا ما قرره الحاكم وأيدته فيه محكمة استئناف محافظة أب من إعادة القسمة على الوجه الصحيح وعلى وجه الانتفاع لكون القسمة الأولى ضرارا موافقا وما جزم به من استحقاق المدعية لغصبة ونصف مقابل شقبه في جربة الحديد باب الديمة فهذا متوقف على إجازة الورثة وإلا فاللازم لها أجرة المثل ما قرره عدلان.

أما بقية البنود والفقرات ف' رنا تؤيد ما قررته المحكمة الاستئنافية ما عدا ما عين ل "........" بزواجته وإلغاء هذه الفقرة بعلة أنه لم يسبق فيها دعوى فنرى أنه من الأصلح تنفيذ ما أوصى به الموصي لابنه في تحصينه ولأنه من باب أولى العدل بين الأولاد والمساواة. ولان والدته قد ناقشت الموضوع وإذا لم يجيزوا فعليهم تزويج الموصى له.

الوثيقة رقم (٧)

جلسة١١ جمادى الآخرة ١٤٢٠هـ الموافق ٢١/ ٩/ ١٩٩٩م

برئاسة القاضي/ محمد محمد يحيى لطف الشامي، رئيس الدائرة، وعضوية القضاة: محسن محمد أحمد الأهدل، حسن حسن محمد جنش، محمد محمد أحمد المشرع، إسماعيل عبدالله الرقيحي.

(٢٩)

طعن رقم (٣٣٦) لسنة ١٤٢٠هـ (شخصي)

الموجز:

النذر المشروط صحيح.

القاعدة:

النذر يصح مشروطاً ويترتب على الشرط نفياً وإثباتاً.

الحكم

ولما قدم على ذلك من الطعن المرفوع أمام المحكمة العليا من الطاعنين المدعى عليهم في الأصل أهم ما جاء فيه بأن حكم المحكمة الابتدائية قد أتي صحيحاً ومبيناً على أسس شرعية وقانونية أما حكم محكمة الاستئناف فهو الحكم الباطل المخالف للشريعة والقانون لأنه بني على أمور وأسس غير قانونية أو شرعية بعدما اتجهت واستعرضت الحقائق في النذر المعلق والمنجز ثم انحرفت فجأة في النصف الأخير من الصفحة السادسة وأتت بفلسفة لا شرعية فيها أو مضمونها

في حكميه وأنه أيضا استنتاجات لم ينزل بها من سلطان الخ ومذكرة الرد من تحصر طعنا على الحكمين الابتدائي والاستئنافي بعد سرده للوقائع أوضح فيه بأنه قد تضرر كثيرا من الحكمين الابتدائي والاستئنافي حيث جرد من حقه الذي أعطته الشريعة الإسلامية وذلك بموجب وثيقة النذر المنذر من الناذر .... لأنها وثيقة شرعية صحيحة أصبحت ناجزه بعد وفاة الناذر حيث لا يوجد ما يلغيها وأن وثيقة الطاعنين التي يحتجون بها ليس لها أساس من الصحة ...... الخ

وبعد المداولة والتأمل:

وجدنا ما قرره الحاكم من إقناع المدعي المنذور له نذرا مشروطا ولم يتحقق الشرط موافقا ويلغي القرار الاستئنافي إذ هو محض رأي وهذا يتوقف على رضا المدعي عليه علما أن النذر يصح مشروطا ويترتب على الشروط نفيا وإثباتا.

هذا ما قررته الدائرة والله ولي الهداية والتوفيق

الوثيقة رقم (٨)

جلسة ٢٢ جمادى الثانية لسنة ١٤٢٠هـ الموافق ٣ / ١٠ / ١٩٩٩م

برئاسة القاضي/ محمد محمد يحيى لطف الشامي، رئيس الدائرة، وعضوية القضاة: محسن محمد أحمد الأهدل، حسن حسن محمد حنش، محمد محمد أحمد المشرع، إسماعيل عبدالله الرقيحي.

(٣٥)

طعن رقم (٣٦٤) لسنة ١٤٢٠هـ (شخصي)

الموجز:

حكم المنفعة بالنسبة للحضانة.

القاعدة:

الأصل في المنافع عدم العوض بالنسبة للحضانة.

الحكم

ولما قدم على ذلك من الطعن المرفوع إلى المحكمة العليا من الطاعن "......" المدعى عليه في الأصل، خلاصته أن محكمة الاستئناف قد أبطلت ما حكم به الحاكم الابتدائي بخصوص الشقية والغرامة ولا مستند لها في ذلك فهو يطلب تأييد الحكم الابتدائي بكامل فقراته...الخ. ولتمرد المطعون ضدها عن الرد على الطعن تم مطابقة الحكم منفردا.

هذا وبعد المداولة والتأمل وجدنا ما قررته محكمة استئناف محافظة ذمار من عدم لزوم أجرة الحضانة، وعدم لزوم إعطاء البنت التي حضنتها عمتها من المستفاد ويدفع الأب خمسة عشرة ألف ريال التي كان قد تبرع بها عند تزويج البنت "........" موافقا. ذلك أن الأصل في المنافع عدم العوض بالنسبة للحضانة ولما قامت به البنت من عمل، أما دفع خمسة عشرة ألف ريال من الأخ لأخته فلأنه قد بذلها طواعية.

الوثيقة رقم (٩)

جلسة غرة شهر رجب ١٤٢٠هـ الموافق ١٠/١٠/١٩٩٩م

برئاسة القاضي/ محمد محمد يحيى لطف الشامي رئيس الدائرة.
وعضوية القضاة: محسن محمد أحمد الأهدل. حسن حسن محمد حنش.
محمد محمد أحمد المشرع. إسماعيل عبدالله الرقيحي.

(٣٦)

طعن رقم (٣٧٢) لسنة ١٤٢٠هـ (شخصي)

الموجز:

وقف الجنس استحقاق الذكر والأنثى فيه على السواء.

القاعدة:

إن الوقف وقف ذري أي وقف جنس للذكر والأنثى على السواء وما كان صفته هكذا فهو للأعلى درجة ولا يدخل الأسفل مع وجود الأعلى.

الحكم

ولما قدم على ذلك من الطعن مرفوع إلى المحكمة العليا من الطاعن المدعي عليه في الأصل "........." والذي جاء فيه: أن الحاكم الابتدائي عكس الجزم وتحيز عن حقوق الله لأن المطعون ضدهم ليس لهم ملكاً ولا ثبوتاً ولا لأسلافهم من قبلهم والاستدلال بالمصلحة لا يجوز في الوقف، وأيدته المحكمة الاستئنافية، مع أن المطعون ضدهم أرادوا إحرام الواقف من قصد التلاوة والدرس وتارة يطلبون القسمة وتارة يحاولون البيع.. الخ.

وكان الرد من المطعون ضدهم أن الطاعن بالنقيض مفيدين بأن الطاعن يحاول أن يجعل الوقف في جربة الصدقة بغير مستند ولا دليل مع أن والده معترف بأن جلبة الصدقة وقف ذري للذكور والإناث على السواء، واستمر ثبوت الأسلاف على هذا.. الخ هذا وبعد المداولة والتأمل وإمعان النظر فيما قرره الحاكم من استحقاق المدعي "........." وبنات "........." وعمتهن "........." من أرض الصدقة المتنازع عليها وما تعقبة من محكمة استئناف محافظة إب من تأييد حكم الحاكم واستحقاق "........." من جربة الصدقة وعدم تأييده فيما يتعلق بدعوا بنات "........." وسكتت المحكمة عن "........." عمت المدعيات التي هي أرفع درجة، هذا وما من شك أن الوقف وقف ذري أي وقف جنس للذكر والأنثى على السواء كما فهم من المبرزات وما كان صفته هكذا فهو

الأعلى درجة ولا يدخل الأسفل مع وجود الأعلى، وهنا لم يتبين بوضوح وجلاء من الواقف ومن هو أعلى درجة إذ مدار الحكم على ذلك. أما ما جاء في الوصية أنه من مات اسمه فمعناه من مات فيكون الحق لمن في درجته وهكذا. لهذا لزم الارجاع إليكم لمعرفة الواقف ومن هو أقرب إليه درجة فيعطى وما سبق من قرار في موضوع نزاع "........" وأخيه في موضع جربه الصدقة فمقيد بذلك بهذا حتى يقرر في هذه القضية والأقرب إلى الواقف.

هذا ما قررته الدائرة والله ولي الهداية والتوفيق وهو حسبنا ونعم الوكيل...

الوثيقة رقم (١٠)

جلسة ٣ رجب سنة ١٤٢٠ هـ الموافق ١٣/ ١٢/ ١٩٩٩م

برئاسة القاضي/ محمد محمد يحيى لطف الشامي. رئيس الدائرة.
وعضوية القضاة محسن محمد أحمد الأهدل. حسن حسن محمد حنش.
محمد محمد أحمد المشرع. إسماعيل عبدالله الرقيحي.

(٣٨)

قرار رقم (٣٧٧) لسنة ١٤٢٠ هـ (أحوال شخصية أ)

الموجز:

الرجوع عن الهبة. تجاوز الموهوب له بالهبة.

القاعدة:

العمارة من الموهوب له على الهبة مانع للواهب من الرجوع عن الهبة لكون العمارة في حكم الاستهلاك الحكمي وتجاوز الموهوب له إلى ما هو زائد عن الهبة له يجب إزالته واستمرار بقائه بعد المطالبة يعتبر في حكم المال المغصوب إلا أن يرضى المالك بالثمن الذي يرضيه.

الحكم

بعد الإطلاع على الأوراق وبعد المداولة وحيث أن الوقائع على ما تبين أن الحكم المطعون فيه تتلخص بأن الطاعن قد تقدم إلى محكمة جبن الابتدائية بدعواه على المدعى عليه طلب فيها رفع يد المدعى عليه عما وهبه له في موضع .... المحدود في الدعوى وأنه قد رجع عن الهبة ... الخ.

وقد أجاب المدعى عليه بأن الأرضية قد وهبت له قبل خمسة عشر عاما وبقي فيها بحضور المدعي وأنه الآن يريد إخراجه منها وبعد أن قامت محكمة الموضوع بتضمين ما ورد إليها جزمت بصحة الهبة وعدم صحة الرجوع عنها وقد أيدت محكمة استئناف هذا الحكم بحكمها الصادر ١٤١٩ هـ وما أضافته بإلزام الموهوب له بقيمة ما استهلكه خارجا عن الهبة.

لذلك

قررنا أن حكم الحاكم بثبوت الهبة وعدم صحة الرجوع عنها المؤيد من محكمة الاستئناف موافقا علما أن الاستهلاك الحكمي هو أحد الموانع العشر التي يمتنع عنها الرجوع عن الهبة.

وأما ما وسعه الموهوب له في الحدود التي لا تدخل في المحدود فإنه يعتبر غاصبا وليس له حق في بقاء البناء أو ليس العرف ظالما حق كما جاء في الأثر النبوي وعليه رفع البناء إلا أن يرضى الغريم بثمن برضاه فهو محسن إليه وليس من حقه أن يساء إليه فهو من باب نكران الجميل. هذا ما قررته الدائرة

والله ولي الهداية و التوفيق.

الوثيقة رقم (١١)

جلسة ١٥ رجب سنة ١٤٢٠هـ الموافق ٢٤/١٠/١٩٩٩م

برئاسة القاضي/ محمد محمد يحيى لطف الشامي، رئيس الدائرة، وعضوية القضاة محسن محمد أحمد الأهدل، حسن حسن محمد حنش، محمد محمد أحمد المشرع، إسماعيل عبدالله الرقيحي.

(٣٩)

طعن رقم (٤١٠) لسنة ١٤٢٠هـ (شخصي)

الموجز:

بيع الأم عن القاصر في سنين المجاعة ـ حكمه.

القاعدة:

ما جزم به الحاكم من عدم نفوذ نصيب المدعى فيما باعته أمه في سنين المجاعة فهو مخالف للاجتهادات التي تقضي بنفوذ البيع من الأم عن القاصر فيما باعته في سنين المجاعة وكذا مما ثبت بيعه حسب من نصيبه بوجه شرعي.

الحكم

هذا وبعد المداولة والتأمل وإمعان النظر وجدنا ما قرره الحاكم وأيدته فيه محكمة استئناف محافظة ذمار من وجوب إعادة القسمة لمخلف "........" بين ورثته مناسخة لعدم استيفاء شروطها الشرعية من عدم وجود النصب من حاكم شرعي عن القاصرين ولما شابها من ملابسات من عدم إيصال الورثة من المدعين بفصولهم ولكون المدعين ووالدهما غائبين عن الأرض و المحل موافقا. ما عدا ما جزم به الحاكم من عدم نفوذ نصيب المدعى فيما باعته أمه في سنين المجاعة؛ فهو مخالف للاجتهادات التي تقضي بنفوذ البيع من الأم عن القاصر فيما باعته في سنين المجاعة وكذا مما ثبت بيعه بوجه شرعي حسب من نصيبه.

هذا ما قررته الدائرة والله ولي التوفيق.

الوثيقة رقم (١٢)

بيـــــع

(المجاعة) . حكمها ٢٥ ربيع الاول سنة ١٣٩٠هـ

الموجـــز

صحة بيع الام عن اولادها القصـــــر للأنفاق عليهم وعن زوجها الغائب للأنفاق علـــــــى اولاده في سنتي المجاعة ١٣٢١و١٣٦٢هـ.

المبـــدأ

((اختيار محكمة الاستئناف العليا (المحكمة العليا للنقض) ان بيع الام عن اولادها القاصرين في سنتي المجاعة ١٣٢١و١٣٦٢هـ للأنفاق عليهم في القوت الضروري وكذا بيعها عن زوجها في الانفاق على اولاده لغيبته في التاريخ المذكور صحيح نافذ ولو بدون نصب من حاكم ولا مناقشة منه لأحد بعد من الاولاد او من الزوج ان عاد)).

التعليـــق

١- المجاعة التي وقعت سنة ١٣٦٢هـ كانت مجاعة خاصة في لواء حجة ولم تكن مجاعة عامة في اليمن .

٢- تنص المادة (٣٥) من القانون المدني على ان ((الغائب الذي خفي مكانه وانقطعت اخباره ومضت سنة على غيابه ولم يكن له وكيل او ولي او وصي تعتبر زوجته واولاده البالغون وكلاء عنه في ماله لأدارته والمحافظة عليه والانفاق منه على من تلزمه نفقتهم وقضاء ديونه واقتضاء حقوقه ...)).

٣- تنص المادة (١٦) من قرارات وزارة العدل الصادرة بتاريخ ديسمبر سنة ١٩٧١م على ان ((البيع عن القاصر في سنى المجاعة للأنفاق نافذ من الام ولو بدون نصب من حاكم ، وليس لها بيع كرائم الاموال مع امكان بيع ما دونهـــا)).

الوثيقة رقم (١٣)

جلسة ٢٦ رجب لسنة ١٤٢٠ هـ الموافق ٤ /١١ /١٩٩٩ م

برئاسة القاضي/ محمد محمد يحيى لطف الشامي، رئيس الدائرة،
وعضوية القضاة: محسن محمد أحمد الأهدل، حسن حسن محمد حنش،
محمد محمد أحمد المشرع، إسماعيل عبدالله الرفيحي.

(٤٣)

طعن رقم (٤٤٥) لسنة ١٤٢٠هـ (شخصي)

الموجز:

التزام الزوج لزوجته بإسكانها في مكان معين. حكمه.

القاعدة:

أن الذي قضت به المحكمة الاستئنافية هو الموافق لوجود الالتزام من الزوج (فالمؤمنون عند شروطهم).

الحكم

هذا وبعد المداولة وإمعان النظر والتأمل وجدنا ما قررته محكمة استئناف أمانة العاصمة من وجوب الوفاء بالشرط وهو إسكان "........" زوجته في صنعاء موافقاً لوجود الالتزام ((والمؤمنون عند شروطهم)).

هذا ما قررته الدائرة والله الموفق.

الوثيقة رقم (١٤)

جلسة ٢٨ رجب سنة ١٤٢٠ هـ الموافق ٦ /١١ /١٩٩٩ م

برئاسة القاضي/ محمد محمد يحيى لطف الشامي، رئيس الدائرة.
وعضوية القضاة: محسن محمد أحمد الأهدل، حسن حسن محمد حنش، محمد محمد أحمد المشرع، إسماعيل عبدالله الرقيحي.

(٤٤)

طعن رقم (٤٥٢) لسنة ١٤٢٠هـ (شخصي)

الموجز:

الحكم بصحة الفسخ مع عدم قيام دعوى على ذلك: أثره.

القاعدة:

ما قرره الحاكم وأيدته فيه محكمة استئناف أمانة العاصمة من صحة فسخ نكاح "........" من نكاح زوجها وتغريمه خمسين ألف ريال قيمة العلاج محل نظر لعدم صدور الدعوى من الزوجة، وعدم قيام الشهادة على صغرها وقت العقد، وإنما اكتفى الحاكم بتصريح الزوجة بالفسخ لهذا لزم إرجاع القضية لإعادة النظر فيها وإقامة الدعوى والإجابة ثم الفسخ بخيار الصغر.

الحكم

هذا وبعد الاطلاع والمداولة والتأمل وجدنا ما قرره الحاكم وأيدته فيه محكمة استئناف أمانة العاصمة من صحة فسخ نكاح .... من نكاح زوجها وتغريمه خمسين ألف ريال قيمة العلاج محل نظر لعدم صدور الدعوى من الزوجة وعدم قيام الشهادة على صغرها وقت العقد وإنما اكتفى الحاكم بتصريح الزوجة بالفسخ لهذا لزم إرجاع القضية لإعادة النظر فيها وإقامة الدعوى والإجابة ثم الفسخ بخيار الصغر.

هذا ما قررته الدائرة والله ولي التوفيق.

ثانيًا: بعض الأحكام القضائية الصادرة من المحكمة العليا في اليمن في القضايا الجنائيَّة

الوثيقة رقم (١٥)

الباب العاشر

دفاع شرعي

(الدفاع عن النفس) . حكم تجاوز الحق فيه ٢٧صفر سنة ١٣٦٩هـ

الموجز

لا يحكم بالقصاص في حالة القتل مع تجاوز حق الدفاع الشرعي عن النفس بل بالدية مع التعزير .

المبدأ

من رئيس الاستئناف (المحكمة العليا للنقض) الى سلطات ما قبل الثورة :

((صدر لنا بهذا احد رقمي الحاكمين . . . في مسألة قتل . . . في المدرسة العلمية وقد جزم الحاكمان بما ترون من لزوم القصاص قالا لوقوعه عمدا عدوانا بالشهادة على الفعل والمباشرة وبأقرار القاتل بالقتل مدافعة بعد ان اقدم عليه المقتول وافاد الحاكمان بأن اقدام المقتول على قاتله بالضرب بالنعل لا يبيح القتل مع امكان تقديم الاخف . ولدى مطالعة الحكم في الاستئناف لم تجد وجها لتقريره لعدم ظهور العدوان من القاتل لا بالشهادة ولا بغيرها والشهادة القائمة من جهة القاتل على المدافعة . . . قد افادت بأن المقتول هو المعتدي حيث انه صال اولا على . . . القاتل بأن لطمه بالنعل وذلك مبيح للمدافعة ولو لم يخش الا الالم كما نصوا عليه . . .)) ؛ اقرار المبدأ ووجوب الحكم بالدية مع التعزير

الجواب :

((كان مطالعة المحرر منكم باطنا والمحررين الحاكمين والتأمل ، والذي تسكن اليه النفس هو لزوم الدية كاملة وعدم لزوم القصاص فأنه اشكل الامر ، والتحري والتحرج عن سفك الدم بلا حكم واضح لاشبهة فيه هو الواجب فليكن العمل بهذا ، والضبط بتسليم الدية القاتل . . ويكون بقاؤه بحبس التلمة مقيدا ولا يطلق الا من لدينا)) .

التعليق

١- تنص المادة (٣) من قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم (٢٨) لسنة ١٩٧٤م على ان تتم المداولة في احكام القتل قصاصا او حدا من الجمعية العمومية للمحكمة العليا للنقض والاقرار خلافا لسائر الاحوال التي تتم فيها المداولة في شعب المحكمة من خمسة قضاة .

٢- تنص المادة (٣٠) من مشروع قانون الجرائم والعقوبات الشرعية على انه ((اذا تجاوز الشخص باهماله حدود الاباحة او الضرورة او الدفاع الشرعي يعاقب على هذا التجاوز اذا كان القانون يجرمه بوصفه جريمة غير عمدية)) . وتنص المادة (٦٦) منه على ان ((الدية والارش عقوبة بدلية عن القصاص في احوال سقوطه على النحو المبين في الفصل السابق ، وعقوبة اصلية في الاحوال التي ينص عليها القانون الشرعي فيما عدا ذلك)) . كما تنص المادة (٧٨) منه على انه :- ((لا يحول اداء الدية او الارش او التنازل عنها دون تعزير الجاني طبقا للقانون))

الوثيقة رقم (١٦)

الباب العشرون

(١)

قصاص

(طلبه وحضور تنفيذه) . حكم التوكيل فيهما جمادى الآخرة سنة ١٣٦٩هـ

الموجز

لا يتوقف طلب القصاص او تنفيذه على حضور وارث القتيل شخصيا

المبدأ

((لا يعتبر فى اثبات القصاص لورثة المقتول عمدا عدوانا حضور الوارث ولا فى استيفائه ،بل يكفى فيهما الوكيل فأن ذلك من جملة الحقوق التى يعتبر فيها الوكيل)) .

التعليق

١- طبقا لقانون الاجراءات الجزائية الصادر بالقانون رقم (٥) لسنة ١٩٧٦م لا يتوقف تنفيذ القصاص على حضور وارث القتيل او وكيله اذ توجب المادة (٤٠٧) منه اعلان الوارث لحضور التنفيذ ،بينما لا توجب المادة (٤٠٩) منه حضوره بالفعل - هو او وكيله - وانما تجيز له ذلك فحسب .

٢- تنص المادة (٦٠) من قرارات وزارة العدل الصادرة بتاريخ يناير سنة ١٩٧١م على انه ((لا يلزم حضور اولياء الدم بأنفسهم الادعاء او استيفاء القود بل التوكيل كاف كسائر الحقوق)) .

٣- تنص المادة (٥٠) من مشروع قانون الجرائم والعقوبات الشرعية على انه يكفى طلب القصاص من وكيل الغائب .

الوثيقة رقم (١٧)

قصـــاص

الموجـــز

لا يؤخر القصاص الى بلوغ القاصر او قدوم الغائب . وهل يحق لهما المطالبـــة بالدية او الارش ؟

(القاصر او الغائب) . تعجيل القصاص قبل البلوغ او الحضور جمادى الاخرة سنة ١٣٦٩هـ

المبـــــدأ

أ- ((اذا ثبت بحكم شرعي ان فلانا قتل فلانا عمدا عدوانا وطلب البالغ من ورثة القتيل الاقتصاص من القاتل فلا يلزم تأخيره حتى يبلغ القاصر من الورثة ويقدم الغائب منهم اذا كان فيهم قاصر او غائب لقوله تعالى (فقد جعلنا لوليه سلطانا) والولي هو الارشد امّا الصغير فلا ولاية له ، ولا بأس بأخذ التعهد من المكلّف المطالب بتسليم نصيب من لم يبلغ من الورثة ان طلب الدية من باب الاحتياط)) .

(القاصر او الغائب) . مدى حقهما في المطالبة بالدية ٢٢ جمادى الاخرة سنة ١٣٨٩هـ

المبـــــدأ

ب - ((قررت المحكمة العليا للاستئناف (المحكمة العليا للنقض) ان التزام المقتدر للغائب من أولياء الدم حكمه حكم الالتزام عن القاصر من الاولياء في تبرير اجراء القصاص لعدم ظهور الفارق ، وهذا بعد تداول الانظار)) .

التعليـــق

١- تنص المادة (٥٧) من قرارات وزارة العدل الصادرة بتاريخ ٥ يناير سنة ١٩٧١م على انه ((لا يحكم بتأخير القصاص لبلوغ قاصر او قدوم غائب مهما ضمن مقتدر بحصتهما من الدية او القيمة من ايهما)).

٢- عدل عن ضمان المقتدر في مشروع قانون الجرائم والعقوبات الشرعية اذ تنص المادة (٦١) منه على انه ((اذا طلب الورثة البالغون الحاضرون القصاص ينفذ ولا ينتظر بلوغ القاصر او شفاء المجنون اذ لا ولاية لهما، ولا ينتظر حضور الغائب الذى خفى مكانه، اما الغائب المعلوم مكانه فيضرب له الحاكم موعدا مناسبا يعلمه به فاذا لم يحضر نفذ القصاص بدون حضوره. ولا حق لهم بعد تنفيذ القصاص فى المطالبة بالدية او الارش)).

الوثيقة رقم (١٨)

ديــــة

(تقديرها) ـ زمانه   ١٧ جمادى الاخرة سنة ١٣٩٥هـ

الموجــــز

العبرة فى تقدير الدية والارش بوقت دفعهما لا بوقت وقوع الفعل او صدور الحكم .

المبـــدأ

((المعتبر فى تقدير الدية هو تقديرها وقت الدفع للدية لا وقت القتل او الحكم، وكذا اروش الجراحات)) .

التعليــــق

١- تنص المادة (٥٩) من قرارات وزارة العدل الصادرة بتاريخ ٥ يناير سنة ١٩٧١م على ان تعتبر الدية فى قضايا القتل بحال الدفع لا بحال القتل او الحكم . ولم يغير قرار وزير العدل رقم (٢٤٠) الصادر بتاريخ ٨ ديسمبر سنة ١٩٧٩م من هذا الحكم اذ نصت المادة (٥) منه على ان ((العبرة فى تقدير الدية بتقديرها القائم وقت الاداء)) .

٢- تنص المادة (٤٠) من مشروع قانون الجرائم والعقوبات الشرعية على ان ((الدية الكاملة الف مثقال من الذهب الخالص تعادل خمسمائة جنيه من الذهب ابو ولد او ما يعادل ذلك من العملة الورقية بالسعر القائم وقت التنفيذ وتخفض الدية فى الخطأ بمقدار الخمس)) .

٣- تنص الفقرة الاولى من المادة (٢) من قرار وزير العدل رقم (٢٤٠) سالف الذكر على ان ((تقدر قيمة الدية فى القتل العمد وشبهه بمبلغ (١٢٠٠٠٠) ريال مائة وعشرين الف ريال ، وبمبلغ (٩٦٠٠٠) ريال ستة وتسعين الف ريال فى القتل الخطأ)) .

قصـــــاص

(اعتداء الاصل على فرعه) . نطاقه وحكمه ١٧ جمادى الاخرة سنة ١٣٩٥

الموجـــز

لا قصاص فى اعتداء الوالد على ولده فحسب ـ وان نزل ـ بالقتل وما دونه . .

المبـــدأ

((تقرر بمد المذاكرة فى القصاص بين الاصل وفرعه وما هو مقرر للمذهب من انه لا يقتص اصل بفرعه انه مقصور على الاقتصاص بالوالد عن ولده ما تنازل . اما ان الولد لا يقتص من ابيه اطلاقا ، كما اذا قتل الاب زوجة ابنه ونحو ذلك ، فلا اذ نص الحديث (لا يقاد والد بولده) لا تتجاوز دلالته ما ذكرنا)) .

التعليـــق

١ـ المراد بما تنازل مهما نزلت درجته .

٢ـ تنص المادة (٢١٦) من مشروع قانون الجرائم والعقوبات الشرعية على انه ((اذا اعتدى الاصل على فرعه بالقتل او الضرب او الجرح فلا قصاص وانما يحكم بالديـــة او الارش ، ويجوز تعزير الجانى فى هذه الحالة . . .)) .

الوثيقة رقم (٢٠)

الباب التاسع عشر
قتل

(قتل عمد بالسم) . عقوبة وضعه دون مناولته ١٥ رجب سنة ١٣٩٨هـ

الموجز

لا يشترط للقصاص في القتل بالسّم تناوله من يد الجاني بل يكفي وضعه في الطعام او الشراب مع قصد القتل .

المبدأ

((قد الاجتماع في حادث وضع السم في الطعام او الشراب مع قصد القتل بالاعتراف به فقررنا انه لا يشترط في استحقاق القصاص تناول السم من يد مواضع لظاهر حديث بشر بن البراء في قصة اليهودية وقتلها)) .

التعليق

تنص المادة (٢١٧) من مشروع قانون الجرائم والعقوبات الشرعية على انه ((من قتل مسلما معصوما عمداً يعاقب بالاعدام قصاصا الآ ان يعفو ولى الدم ...)) .

جلسة ٤ ربيع الآخر لسنة ١٤٢٠هـ الموافق ١٩٩٩/٧/١٧م

برئاسة القاضي/ علي قاسم الشامي رئيس الدائرة. وعضوية القضاة: أحمد محمد مداعس، أحمد محمد الحوثي، يحيى محمد الإرياني، محمد سعد الشرفي.

(٥)

طعن رقم (١٦٤) لسنه ١٤٢٠هـ (جزائي)

الموجز:

١- الجلد مائه جلده حداً لجريمة اللواط قبل تنفيذ الإعدام.

٢- الإعدام حداً للحرابة وقصاصاً استيفاء الورثة لحقهم بعد الجلد _ حكمه

٣- الصلب ثلاثة أيام بعد الإعدام.... حكمه

٤- الاستئناف الفرعي من المستأنف ضده يساوي الاستئناف الأصلي....حكمه

القاعدة:

أ) الحكم الاستئنافي الذي قضى بجلد المدعى عليهما مائه جلده على كل منهما لارتكابهما جريمة اللواط ثم بإعدامهما حداً وقصاصاً وصلبهما مدة ثلاثة أيام موافقا

ب) الاستئناف الفرعي من المستأنف ضده يعتبر مساوياً للاستئناف الأصلي ولذلك فإن الحكم الاستئنافي عندما قضى بعقوبة الجلد وصلب المدعى عليه الثاني لم يخرج عن حدود الاختصاص المقرر

للمحكمة الاستئنافية ولم يخرج عن نص القانون.

الحكم

لكل ما ذكر وجدنا الحكم الاستئنافي القاضي بجلد المدعى عليهما "........." مائه جلدة على كل منهما لارتكابهما جريمة اللواط ثم بإعدامهما حداً وقصاصاً وصلبهما مدة ثلاثة أيام موافقاً لما استند إليه من الاعتراف من المدعى عليهما المشهود عليه بشهادة كل من "........." "........." المعدلة لما استند إليه وعلل به وهو ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية الغراء أما ما جاء في مذكرة نيابة النقض من أن الاستئناف كان من المتهمين وان القانون قد نص على أن المستأنف لا يضار باستئنافه فمردود عليه بأن النيابة العامة ووالد المجني عليه قد قدما استئنافا فرعيا وطلبا تغيير القيد والوصف للجريمة بإضافة جريمة الحرابة ثم طلب النيابة الحكم بجلد المدعى عليهما عقوبة لهما على جريمة اللواط والمحكمة الاستئنافية محكمه موضوع، وبذلك فإن الحكم الاستئنافي عندما قضى بعقوبة الجلد وصلب المدعي عليه الثاني لم يخرج عن حدود الاختصاص المقرر للمحكمة ولم يخرج عن نصوص القانون فيما قضى به.

لذلك فالدائرة تقرر:

١. قبول الطعن شكلا.

٢. وفي الموضوع بتأييد الحكم الاستئنافي بجميع فقراته وبالنسبة لما قضى به الحكم بان على المدعى عليه الأول تسليم مسدس "........." فلعدم سبق الدعوى منه فيخلى وسكونه على أن يحفظ المسدس لدى النيابة العامة

والله ولي الهداية والتوفيق..

جلسة١٥ رجب سنة ١٤٢٠هـ الموافق ٢٤/ ١٠/ ١٩٩٩م

برئاسة القاضي/ أحمد أحمد الخطابي، رئيس الدائرة. وعضوية القضاة: د. علي بن محمد البناعي، يحيى بن يحيى الجعدبي، إبراهيم شيخ عمر الكاف، عبدالرحمن بن أحمد الشاحذي

(٢٧)

طعن رقم (١٢٩) لسنة ١٤١٩هـ (جزائي)

الموجز:

الدفاع بالخطأ أو الدفاع الشرعي ملزم بإثباته.

القاعدة:

إن المادة (١٥٧) إثبات حددت الحالات التي يجوز فيها للمحكمة أن تأخذ بالقرينة القاطعة القضائية التي تستنبطها من واقع الحال، وأن تعتبرها دليلاً كاملاً على الواقعة المراد إثباتها في الأحوال التي يجوز فيها ذلك، وهي الأموال والحقوق.. الخ.

وهذا ما يعني أنه لا يجوز الأخذ بها في الدماء والحدود ونحوها مما يجعل استناد محكمة الاستئناف على القرائن التي أشارت إليها مخالفاً للقانون، وحيث أن المتهمة قد اعترفت في جلسات متكررة أنها أطلقت النار وأصابت المجني عليه القتيل... وادعت أن ذلك دفاعاً عن نفسها وأولادها، كما ادعت أن إطلاق النار كان عن طريق الخطأ.

ولما كانت محكمتي الموضوع قد أتاحت الفرصة للمتهمة لإثبات كل من الدعويين إلا أن الثابت من الأوراق أن المتهمة ومحاميها قد

عجزا عن إثبات دعوى الدفاع الشرعي أو دعوى الخطأ لأن الثابت فقها وقضاءً أن من يدعي الخطأ أو الدفاع الشرعي هو الملزم بالإثبات.

الحكم

بمطالعة الأوراق المشمولة بملف القضية بما في ذلك الحكم الابتدائي والحكم الاستئنافي و عريضة الطعن بالنقض والرد عليها وكذا مذكرة نيابة النقض كما تم الرجوع إلى محاضر جمع الاستدلالات وتحقيقات النيابة العامة وإلى محاضر جلسات المحاكمة بجميع مراحلها.

وحيث يثير الطاعنون أن الحكم الاستئنافي قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وتأويله حينما قضى بإلغاء حكم القصاص على المطعون ضدها وقضى بالدية بدون سند من الكتاب أو السنة ولا من قانون نافذ الخ.

وبالرجوع إلى حيثيات الحكم الاستئنافي المطعون فيه أنه جاء في استئناف المتهمة المرفوع بواسطة محاميها "........" النعي على بطلان قرار الاتهام كون إقرار المتهمة إنما كان بإطلاق النار خطأ لا عمدا وإلى الأرض لا إلى شخص معين وطلب محامي المتهمة تعديل قرار الاتهام. وتعديل حكم محكمة أول درجة إلى الدية. لأن المتهمة أقرت بإطلاق العيارين الناريين خطأ على كل من: "........" و "........" دون توافر القصد الجنائي للقتل ودفاع عن نفسها وبيتها وأولادها.

وتقـول الحيثيـات أنـه بـالرجوع إلى تلـك الإقـرارات نجـدها منطابقـة بـان المتهمـة قـد أطلقـت عيـارين نـاريين مدعيـة قصـد التخويف نافية قصد القتل عمـدا عـدوانا غـير أن العيـارين قـد أصـابا حي القتيل والمجني عليها "........." وأن ذلـك كـان لـيلاً وقـت العشـاء والظاهر من تقريـر المعاينـة المـؤرخ "........." أن حـي القتيـل والمجـني عليها "........." قد وصـلا إلى بـاب منـزل المتهمـة وأن القتيـل وجـد على بعد ثلاثة أمتـار مـن منـزل المتهمـة كمـا أن شـهادة "........." في محاضر التحري تؤكد وجود حذاء المدعوة داخـل منـزل المتهمـة وكـذا وجود أحجار داخل منـزل المتهمـة وكـذا مـا ورد في أقـوال "........." في محاضـر الاسـتدلال شـاهدته المجـني عليهـا "........." وحـي القتيـل بـالقرب مـن منـزل المتهمـة "........." حيـث كانـت "........." نازلـة باتجاه المـدعوة "........." وحـي القتيـل بروهـا سـاعة حـدوث الفتنـة الأخيرة وسماعه إطلاق النار.

كل هذه القرائن تؤيد ما جاء في أقـوال المتهمـة "........."غـير أنهـا لا تكفي للحكـم بـبراءة المتهمـة "........." بمـا نسـب إليهـا وإهـدار دم القتيل والمجني عليها "........." لثبـوت حالـة الـدفاع الشـرعي، ولكنهـا تفيد قيام حالة تعدِ مـن حـي القتيـل والمجـني عليهـا بـالمجيء لـيلاً لقصد الفتنة واحتمال قيام حالـة الـدفاع لوجـود عـداوة وفتنـة سـابقة الأمر الذي لا يستقيم معه الحكم بالقصـاص. ولكـن ذلـك، يكفـي للحكـم بتسـليم الديـة الشـرعية المقـررة للقتـل العمـد وأرش المجـني عليهـا وتعزير المتهمـة.الأمـر الـذي يعـني أن محكمـة أول درجـة قـد جانبـت

الصواب حين حكمت بالقصاص من المتهمة "........." مع عدم صراحة الإقرار من المتهمة بالقتل عمداً وعدواناً وعدم الأخذ بما جاء في القرائن السالف الإشارة إليها "........."الخ.

وعليه فيتبين من استعراض حيثيات الحكم الاستئنافي أن المطعون ضدها لم تقدم أي جديد أمام محكمة الاستئناف سواء دعوى إطلاق النار خطأ أو دفاعاً عن نفسها وبيتها وأولادها. وكان الأجدر بالمحكمة أن تلزم المستأنفة بإثبات ما تدعيه من وقوع إطلاق ما تدعيه من وقوع إطلاق النار عن طريق الخطأ وكذا إثبات الضرورة الملجئة لقيام حالة الدفاع الشرعي. لأن الثابت من حيثيات المحكمة أن القتيل كان على بعد ثلاثة أمتار من منزل المتهمة "........." وبهذا لا يستقيم معه القول بوجود خطر محدق بالمتهمة يجعلها تطلق النار لذلك فإن ما أثاره الطاعن على الحكم الاستئنافي لمخالفته للقانون.. الخ. بما لا سند له بالكتاب والسنة والقانون. فإن ذلك الاعتراض في محله لان تعديل الحكم من القصاص إلى الدية قد بني على القرائن التي تؤيد ما جاء في أقوال المتهمة "........." وهو استدلال في غير محله فأقوال المتهمة إنما هي حجة عليها لا حجة لها.

ولما كان الثابت من محاضر الجلسات في مرحلتي التقاضي أمام محكمتي الموضوع أن المحكمتين قد منحت الوقت الكافي للمتهمة لإثبات ما تدعيه من قيام حالة الدفاع الشرعي غير أنها عجزت عن ذلك. كما أنه لا يستقيم القول بوقوع القتل عن طريق الخطأ مع أن

الثابت من الاوراق ان المتهمة قد طلبت من ابنتها إعطائها المسدس وفي قول آخر أنها كسرت الشمطة وأخذت المسدس وعمرته وأطلقت النار وفي قول ثالث أنها أخذت المسدس من الغرفة وأطلقت النار. ولما كان من المقرر أن قصد القتل أمر خفي لا يدرك بالحواس الظاهرة وانما يدرك بالظروف والاداة المستخدمة في الجريمة ولما كان المسدس قاتلا بطبيعته فإنه من غير المقبول في هذه الواقعة القول بوقوع القتل عن طريق الخطأ. كما أن حالة الدفاع الشرعي غير متحققة لذلك فإن عدول محكمة الاستئناف من القصاص إلى الدية يكون بدون سند قانوني وهو ما يتعين نقض الحكم عملا بنص المادة ٤٤٣ أ. ج التي تخول المحكمة العليا إذا قبل الطعن وكان مؤسسا على أن الحكم المطعون فيه بني على مخالفة القانون أو على خطأ في تطبيقه تصحح المحكمة الخطأ وتحكم بمقتضى القانون وحيث أن ما استنتجه الحكم الاستئنافي لا يتفق مع المنطق السليم لأن القرائن التي اعتبرتها محكمة الاستئناف سببا للعدول عن حكم القصاص لا ترقى إلى درجة القول بوجود حالة الدفاع الشرعي فوجود القتيل على مسافة ثلاثة أمتار من منزل المتهمة وإصابته بطلقة نارية من الخلف تنفي حالة الدفاع الشرعي ولا تصلح قرينة لصالح المتهمة؛ كما أن العثور على حذاء المدعوة "........" داخل منزل المتهمة أو وجود أحجار لا تصلح قرائن لقيام حالة الدفاع الشرعي.

ولما كان الحكم الاستئنافي أسس حكمه على المواد ١٥٤، ١٥٨ من قانون الإثبات التي تعرف القرائن فالمادة (١٥٤) إثبات تعرف

القرينة القاطعة بأنها هي ما علم من الأمارات ودلائل الحال المصاحبة للواقعة المراد إثباتها فتدل بطريق القطع الذي لا يقبل الاحتمال أصلاً على ثبوتها.

وهذه القرائن القاطعة نوعان:

أ. قرائن قاطعة قانونية لا تقبل إثبات العكس فهي تغني من قررت لمصلحته عن أي دليل آخر كقرينة الولد للفراش وحجية الحكم والنكول عن اليمين.

ب. قرائن قاطعة قضائية وهي ما تستنبطه المحكمة من الأمور الواقعية والمقالية التي تدل من صور الحال كخروج شخص من داره في يده سكين تقطر دما أو مسدسا أو بندقية مع وجود قتيل في تلك الدار ليس بها غيره. أما المادة (١٥٨) إثبات فتعرف القرينة البسيطة غير القاطعة هي التي لا تقطع بثبوت الواقعة المراد إثباتها وإنما ترشح لثبوتها وقد تحتمل ذلك وغيره ولا تعتبر دليلاً قاطعًا يغني عن المطالبة بإقامة البينة القانونية على ما يدعيه وإنما يجوز للمحكمة أن تستأنس وتستمد الدليل على أساسها. حيث أن الحكم الاستئنافي قد جاء خاليا من بيان نوع القرائن الذي أسس الحكم عليها حتى تتمكن محكمة النقض من أعمال رقابتها على ذلك مما يتعين معه نقض الحكم.

كما أن المادة (١٥٧) إثبات قد حددت الحالات التي يجوز فيها للمحكمة أن تأخذ بالقرينة القاطعة القضائية التي تستنبطها من واقع الحال وأن تعتبرها دليلا كاملاً على الواقعة المراد إثباتها في الأحوال

التي يجوز فيها ذلك. وهي الأموال والحقوق.. الخ.

وهذا ما يعني أنه لا يجوز الأخذ بها في الدماء والحدود ونحوها مما يجعل استناد محكمة الاستئناف على القرائن التي أشارت إليها مخالفاً للقانون مما يتعين معه نقضه.

ولما كان الثابت من الأوراق أن النيابة العامة وكذا المدعي بالحق الشخصي قد اتهما "........." أمام المحكمة الجزائية الابتدائية بصنعاء بأنها في تاريخ "........." قتلت عمداً وعدواناً مسلماً معصوم الدم. وهو المجني عليه "........." بأن أطلقت عليه عياراً نارياً من سلاح مسدس ميكروف "........." الخ. وطلبا الحكم وفقاً للقانون كما طلب أولياء الدم القصاص الخ. وحيث أن المتهمة قد اعترفت في جلسات متكررة أنها أطلقت النار وأصابت المجني عليه القتيل "........." الخ وادعت أن ذلك دفاعاً عن نفسها و أولادها كما ادعت أن إطلاق النار كان عن طريق الخطأ. ولما كانت محكمة الموضوع قد أتاحت الفرصة للمتهمة لإثبات كل من الدعويين التي ادعتهما حتى مع عدم استقامتها عقليا وواقعيا. إلا أن الثابت من الأوراق أن المتهمة ومحاميها قد عجزا عن إثبات دعوى الدفاع الشرعي أو دعوى الخطأ. لأن الثابت فقهاً وقضاءً أن من يدعي الخطأ أو الدفاع الشرعي هو الملزم بالإثبات. ولجميع ما ذكر من الأسباب ولمقتضيات العدالة فإنه بعد إعمال النظر والمداولة المستفيضة وإعمالاً لنص المادة (٤٤٣) أ. ج.

فإن الدائرة تقرر الآتي:

١- قبول الطعن شكلاً وفي الموضوع.

٢- نقض الحكم الاستئنافي.

٣- إعادة الأوراق إلى محكمة استئناف صنعاء للفصل فيها مجددا من قبل الشعبة الجزائية وبتشكيل جديد.

والله ولي الهداية والتوفيق..

الوثيقة رقم (٢٣)

جلسة ٢٢ رجب سنة ١٤٢٠هـ الموافق ٣١/ ١٠/ ١٩٩٩م

برئاسة القاضي/ أحمد أحمد الخطابي، رئيس الدائرة. وعضوية القضاة: د. علي بن محمد البناعي، يحيى بن يحيى الجعدبي، إبراهيم شيخ عمر الكساف، عبدالرحمن بن أحمد الشاحذي

(٢٩)

طعن رقم (٣٥٢) لسنة ١٤٢٠هـ (جزائي)

الموجز:

العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، والتكييف للواقعة من المسائل التي تختص بها محكمة الموضوع تحت رقابة المحكمة العليا.

القاعدة:

إن جماع ما أثاره الطاعن يقع عند التحقيق على التكييف القانوني، يستفاد هذا من فحوى الطعن، وغايته، نقول هذا دون التفات إلى إن كان هذا مدرك للطاعن أو غير مدرك (فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني) طبقا للقاعدة الأصولية الشهيرة، ولبيان ذلك نقول بأن الطعن إذ يعزي الفعل المسند إليه مع اعترافه به إلى الخطأ الذي لا يلزم عنه ولا يترتب عليه الحكم بالإعدام فمعناه عند التحقيق أن المحكمة إذ قررت حكمها بالإعدام في حقه فما ذلك إلا لأن المحكمة قد حسمت تكييفها القانوني للواقعة بتقرير نسبة العمدية إلى الفعل المسند إلى المتهم وبهذا أمكن حصر

النـزاع وتحديده في التكييف القانوني، فـإن سـلمت لنـا هـذه المناقشـة أمكن القول بأن المحكمة فيمـا ذهبـت إليـه في قرارهـا بإعـدام الطـاعن قصاصاً لقتـل زميلـه "........" اسـتناداً إلى الأسـباب والحيثيـات الـتي أسسـت حكمهـا بالإعـدام عليهـا تكـون قـد أصـابت صـحيح الشـرع والقانون، لا لأنها بحكمها هذا قد أبانـت عـن اطـراح دفوعـات الطـاعن في نسبة فعله إلى الخطأ وإنمـا بمـا ترتـب علـى حكمهـا بالإعـدام مـن حسم جدي للتكييف القانوني بتقريـر نسـبة العمديـة إلى الفعـل المسـند إلى الطاعن، فضلاً عـن أن التكييـف القـانوني في أساسـه مـن المسـائل التي تختص بها محكمـة الموضـوع تحـت رقابـة المحكمـة العليـا الأمـر الذي لا مجال معه لقبول الطعن ولا محل لوروده.

الحكم

وبمطالعة أوراق الطعـن وسـائر الأوراق وبعـد تلخيصـها في صـورة ما سلف عرضه وحيث أن الطعن قد بني على ثلاثة أوجه:

حمل الأول على المحكمة لتقريرهـا بخـلاف مـا ثبـت لـديها مـن خلال شهادة الشهود وبحدوث خـلاف ومشـاكل ومضـاربة بـين الطـاعن وبين زميله "........" أما القتيل فلـيس بينـه وبـين الطـاعن أي مشـاكل أو سوء تفاهم لا سابقاً ولا لاحقاً ومـا كـان قتلـه إلا عـن طريـق الخطـأ وهو لا ينكر ذلك فكيـف بالمحكمـة اسـتندت في حكمهـا إلى أن الطـاعن قتل المجني عليه عمداً.

أما الوجه الثاني: فقد حمل علـى المحكمـة لعـدم التفاتهـا إلى مـا قام به "........" من الاعتداء أو المضاربة ومـا تلفـظ بـه علـى الطـاعن

من كلام غير أخلاقي منتهكاً به شرفه وعرضه وإلى أن يقول الطاعن (فماذا كان بوسعي أن أعمل في هذه الحالة هل أن أنتظر ليقتلني أم أدافع عن نفسي).

أما الوجه الثالث، فقد أخذ على المحكمة لما ورد في حيثياتها من تقرير أن الاستفزاز الذي صدر من "........." لم يكن كافياً لأن يفقد الشخص العادي سيطرته على نفسه ويسائل الطاعن بقوله لا أدري ما هو نوع الاستفزاز الذي يفقد عنده الشخص العادي السيطرة على نفسه "........." الخ وبدراسة موارد الطعن في أوجهه الثلاثة يتضح بأنها ترجع في جملتها إلى وجه واحد وهو التنكير على المحكمة ابتدائياً لتقريرها نسبة الواقعة إلى العمدية وتأسيس الحكم بالقصاص عليها واستئنافياً لتأييدها ما قضت به محكمة الدرجة الأولى في تقرير العمدية محيلة على أسبابها. وإذ ينعى التكير الطاعن على تقرير العمدية بما ترتب على ذلك من الحكم بالقصاص، ومع اعترافه بقتل المجني عليه إلا أنه لا يرى في الواقعة سوى أنها في معتقده ووجهة نظره من قبيل الخطأ. متعللاً بانتفاء القصد الجنائي لديه بقتل المجني عليه وهو الركن المادي للعمدية مؤكداً أن القصد الجنائي إنما كان متجهاً نحو زميله "........." ومتعلقاً به دون سواه لما بينهما من تعاد وخلاف ومشاكل. فأن تحل بالمجني عليه إحدى الرصاصات التي أطلقها الطاعن فترديه قتيلاً دون أن يكون مقصوداً للطاعن وإنما توافقاً ومصادفة فذلك يجعل الواقعة من قبيل الخطأ هكذا تصور الطاعن أو صور له. وفي التقدير المؤيد بما هو ثابت في الأوراق. بأن ما

أثاره الطاعن في جملته لا يخرج في الأصل عما كان مثارا لدفاعه أمام محكمة الموضوع بدرجتيها ابتدائيا واستئنافيا ولما لم تجد دفاعاته أمامها نفعا ولم تحدث أثرا عاد ليثيرها من جديد أمام المحكمة العليا.

وعلى أية حال فإن جماع ما أثاره الطاعن يقع عند التحقيق على التكييف القانوني، يستفاد هذا من فحوى الطعن، وغايته، نقول هذا دون التفات إلى إن كان مدرك للطاعن او غير مدرك له (فالعبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني) طبقا للقاعدة الأصولية الشهيرة، ولبيان ذلك نقول بأن الطاعن إذ يعزي الفعل المسند إليه مع اعترافه به إلى الخطأ الذي لا يلزم عنه ولا يترتب عليه الحكم بالإعدام فمبناه عند التحقيق أن المحكمة إذ قررت حكمها بالإعدام في حقه فما ذلك إلا لأن المحكمة قد حسمت تكييفها القانوني للواقعة بتقرير نسبة العمدية إلى الفعل المسند إلى المتهم وبهذا أمكن حصر النزاع وتحديده في التكييف القانوني؛ فإن سلمت لنا هذه المناقشة أمكن القول بأن المحكمة فيما ذهبت إليه في قرارها بإعدام الطاعن قصاصا لقتله زميله "........" استنادا إلى الأسباب والحيثيات التي أسست حكمها عليها تكون قد أصابت صحيح الشرع والقانون، لا لأنها بحكمها هذا قد أبانت عن اطراح دفوعات الطاعن في نسبة فعله إلى الخطأ وإنما بما ترتب على حكمها بالإعدام من حسم جدي للتكييف القانوني بتقرير نسبة العمدية إلى الفعل المسند إلى الطاعن، فضلا عن أن التكييف القانوني في أساسه من المسائل التي تختص بها محكمة الموضوع تحت رقابة المحكمة العليا الأمر الذي لا مجال معه

لقبول الطعن ولا محل عنده لوروده. وبناء على عرض النيابة العامة وفقاً للمادة ٤٣٤ أ. ج التي توجب عرض القضية على المحكمة إذا كان المحكوم به قصاصاً أو حداً ترتب عليه ذهاب النفس أو عضو من الجسم. الخ.

وبعد المداولة وإعمال النظر تقرر الدائرة الآتي:

١- قبول عرض النيابة وقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع:

٢- إقرار الحكم الاستئنافي المؤيد للحكم الابتدائي القاضي بإجراء القصاص الشرعي على المساعد "........" بإعدامه رمياً بالرصاص حتى الموت لقتله ظلماً وعدواناً المجني عليه المساعد

والله ولي الهداية والتوفيق،،

الوثيقة رقم (٢٤)

جلسة الاثنين ١٧/ذي القعدة سنه ١٤٢٢هـ الموافق ٢١/٢/٢٠٠٠م

برئاسة القاضي/ علي قاسم الشامي رئيس الدائرة. وعضوية القضاة: أحمد محمد مداعس، أحمد محمد الحوثي، يحيى محمد الإرياني، محمد سعد الشرقي.

(٦٧)

قرار رقم (٢٧٣) لسنه ١٤٢٠هـ (جزائي)

الموجز:

لا يثبت القصاص إلا بدليل قطعي

القاعدة:

أن الحكم الاستئنافي في محل نظر بجزمه بالقصاص دون استناد إلى دليل قطعي واضح يثبت القتل من قبل الجاني برؤية أو اعتراف

الحكم

وبعد تأمل الدائرة الجزائية بالمحكمة العليا لكل ما ذكر وجدنا الحكم الابتدائي هو الأقرب إلى الصواب وان الحكم الاستئنافي محل نظر بجزمه بالقصاص دون استناد إلى دليل قطعي واضح يثبت القتل من قبل الجاني رؤية أو اعترافاً. لذلك فالدائرة تقرر تأييد الحكم الابتدائي بان على "........." تسليم دية العمد لورثه المجني عليها "........." لما استند إليه من القرائن القوية إلا أن الدائرة ترى أن يحبس المذكور سبع سنوات من تاريخ القبض عليه.

الوثيقة رقم (٢٥)

جلسة ١٢ ربيع الأول لسنة١٤٢١هـ الموافق ١٤ يونيو لسنة ٢٠٠٠م

برئاسة القاضي/ علي بن أحمد الخربي، رئيس الدائرة، وعضوية القضاة: يحيى بن عبدالرحمن عامر، مطهر بن يحيى عامر، محمد أحمد الشبيبي، هلال بن عباس الكبودي

(٦١)

طعن رقم (١٩٧) لسنة ١٤٢١هـ ق (جزائي)

الموجز.

الرجوع عن الإقرار في الحدود يدرأ الحد ولا يسقط التعزير

القاعدة:

يكتفى بحبس المتهمة "........ والمتهم "........"مدة ثلاث سنوات مع جلد المتهمة تسعين جلدة كل ذلك تعزيرا وهذا لرجوعها عن الإقرار الذي درأ عنها الحد لا التعزير فثابت بغير ذلك.

الحكم

بعد الاطلاع على الطعن المقدم من النائب العام ومن نيابة النقض وجدنا فيهما ما يلفت النظر ولذلك قررت الدائرة بعد المداولة:

الاكتفاء بحبس المتهمة المذكورة والمتهم المذكور مدة ثلاث سنوات مع جلد المتهمة "........" تسعين جلدة كل ذلك تعزيرا وهذا لرجوعها عن الإقرار الذي درأ عنها الحد لا التعزير فثابت بغير ذلك.

ثالثا: وثيقة تحديد الديات والأروش طبقًا للتعديلات القانونية.

الوثيقة رقم (٢٦)

الجمهورية اليمنية
وزارة العدل

بسم الله الرحمن الرحيم

التاريخ: غرة المحرم ١٤١٦هـ
الموافق: ٣١ مايو ١٩٩٥م

جدول تحديد الديات والأروش

وفقًا للقرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات

م	أنواع الجنايات	تفسير مصطلحات تسمية الجنايات	الدية ونسبة الأروش إليها	دية وأرش الرجل: العمد وشبهه بالريال	دية وأرش الرجل: الخطأ بالريال	دية وأرش المرأة: العمد وشبهه بالريال	دية وأرش المرأة: الخطأ بالريال
١	القتل		دية كاملة	٧٠٠,٠٠٠	٥٦٠,٠٠٠	٣٥٠,٠٠٠	٢٨٠,٠٠٠
٢	الجائفة أو الآمة أو الدامغة	الجائفة: التي تصل إلى الجوف [illegible] الآمة [illegible] والدامغة [illegible]	ثلث الدية	٢٣٣٣٣٣ ١/٣	١٨٦٦٦٦ ٢/٣	١١٦٦٦٦ ٢/٣	[illegible]
٣	الناقلة	وهي التي تنقل العظم من مكانه [illegible]	ثلاثة أرباع خمس الدية	١٠٥,٠٠٠	٨٤,٠٠٠	١٠٥,٠٠٠	٨٤,٠٠٠
٤	الهاشمة	وهي التي تهشم العظم [illegible]	عشر الدية	٧٠,٠٠٠	٥٦,٠٠٠	[illegible]	٥٦,٠٠٠
٥	الموضحة	وهي التي تصل إلى العظم [illegible]	نصف عشر الدية	٣٥,٠٠٠	٢٨,٠٠٠	٣٥,٠٠٠	٢٨,٠٠٠
٦	السمحاق	وهي التي تصل إلى الجلدة الرقيقة بين العظم [illegible]	خمسا عشر الدية	٢٨,٠٠٠	٢٢,٤٠٠	٢٨,٠٠٠	٢٢,٤٠٠
٧	المتلاحمة	هي التي تشق أكثر اللحم ولم تصل إلى العظم	خمس ونصف خمس الدية	٢١,٠٠٠	١٦,٨٠٠	٢١,٠٠٠	١٦,٨٠٠
٨	الباضعة	وهي التي تشق [illegible] من اللحم	خمس عشر الدية	١٤,٠٠٠	١١,٢٠٠	١٤,٠٠٠	١١,٢٠٠
٩	الدامية الكبرى	[illegible]	ثمن عشر الدية	٨,٧٥٠	٧,٠٠٠	٨,٧٥٠	٧,٠٠٠
١٠	الدامية الصغرى	[illegible]	نصف ثمن عشر الدية	٤,٣٧٥	٣,٥٠٠	٤,٣٧٥	٣,٥٠٠
١١	الوارمة أو الحارصة	[illegible]	نصف خمس عشر الدية	٣,٥٠٠	٢,٨٠٠	٣,٥٠٠	٢,٨٠٠
١٢	المخضرة أو المحمرة أو المسودة	[illegible]	خمسا خمس عشر الدية	٢,٨٠٠	٢٢٤٠	٢,٨٠٠	٢٢٤٠

تنبيه: نص القانون على أن دية المرأة نصف دية الرجل وأرشها مثل أرشه إلى قدر ثلث دية الرجل وينصف ما زاد.

أعد هذا الجدول: القاضي [illegible]

وزارة العدل
محكمة استئناف م صنعاء والجوف

تحديد الديات والأروش

وفقاً للقانون الصادر بالقرار الجمهوري رقم (٣٢) لسنة ٢٠٠٦م بتعديل المادة رقم (٤٠) من القرار الجمهوري بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م بشأن الجرائم والعقوبات

الموافق: ٢٠٠٦/١٢/١٨م

م	اسم الجناية	تعريف مسمى الجناية	الدية ونسبة الأرش إليها	دية وأرش الرجل		دية وأرش المرأة	
				العمد وشبهه بالريال	الخطأ بالريال	العمد وشبهه بالريال	الخطأ بالريال
١	القتل		دية كاملة	٥,٥٠٠,٠٠٠	١,٦٠٠,٠٠٠	٢,٧٥٠,٠٠٠	٨٠٠,٠٠٠
٢	الجائفة أو الآمة أو الدامغة	الجائفة هي التي وصلت إلى الجوف من ثغرة النحر إلى المثانة. الآمة هي التي وصلت إلى القشرة المحيطة بالدماغ. الدامغة: هي التي وصلت إلى الدماغ.	ثلث الدية	١,٨٣٣,٣٣٣⅓	٥٣٣,٣٣٣⅓	١,٨٣٣,٣٣٣⅓	٥٣٣,٣٣٣⅓
٣	الناقلة	هي التي تنقل العظم من مكانه ولو من أحد جوانبه أو إزالته أو بعضه لا غراقه بالطلقة النارية ..	ثلاثة أرباع خمس الدية	٨٢٥,٠٠٠	٢٤٠,٠٠٠	٨٢٥,٠٠٠	٢٤٠,٠٠٠
٤	الهاشمة	وهي التي تهشم العظم في محله دون أن تنقله، ولو كان الهشم بدون جرح ما فوق العظم من الجلد واللحم ..	عشر الدية	٥٥٠,٠٠٠	١٦٠,٠٠٠	٥٥٠,٠٠٠	١٦٠,٠٠٠
٥	الموضحة	هي التي تصل إلى العظم وتوضحه دون أن تهشه أو تنقله ..	نصف عشر الدية	٢٧٥,٠٠٠	٨٠,٠٠٠	٢٧٥,٠٠٠	٨٠,٠٠٠
٦	السمحاق	هي التي تصل إلى القشرة الرقيقة فوق العظم فلم تصل إلى العظم.	خمسا عشر الدية	٢٢٠,٠٠٠	٦٤,٠٠٠	[illegible]	٦٤,٠٠٠
٧	المتلاحمة	هي التي شقت أكثر اللحم ولم تصل إلى العظم	خمس ونصف خمس عشر الدية	١٦٥,٠٠٠	٤٨,٠٠٠	١٦٥,٠٠٠	٤٨,٠٠٠
٨	الباضعة	هي التي شقت النصف فما دون من اللحم.	خمس عشر الدية	١١٠,٠٠٠	٣٢,٠٠٠	١١٠,٠٠٠	٣٢,٠٠٠
٩	الدامية الكبرى	هي التي تقطع الجلد فتسيل الدم دون أن [illegible] اللحم والأقل الباضعة	ثمن عشر الدية	٦٨,٧٥٠	٢٠,٠٠٠	٦٨,٧٥٠	٢٠,٠٠٠
١٠	الدامية الصغرى	هي التي تقطع الجلد فلم [illegible] دون أن يسيل أو يظهر فوق الجرح ومثلها الدامعة وهي التي سال منها [illegible] ..	نصف ثمن عشر الدية	٣٤,٣٧٥	١٠,٠٠٠	٣٤,٣٧٥	١٠,٠٠٠
١١	الوارمة أو الخارصة	الوارمة هي التي تورم فيها الموضع بدون قطع الجلد .. أما الخارصة فهي التي تشق الجلد [illegible]	نصف عشر عشر الدية	٢٧,٥٠٠	٨,٠٠٠	٢٧,٥٠٠	٨,٠٠٠
١٢	المحمرة أو المخضرة أو المسودة	المحمرة: هي التي تحمر موضعها - والمخضرة: هي التي تخضر موضعها - والمسودة هي التي تسود موضعها	خمسا عشر عشر الدية	٢٢,٠٠٠	٦,٤٠٠	٢٢,٠٠٠	٦,٤٠٠

تنبيه: نص القانون على أن دية المرأة على النصف من دية الرجل وأرشها مثل أرش الرجل حتى ثلث دية الرجل وينصف ما زاد.

أعده المسؤول ونقحه بخطه: القاضي [illegible]
عضو [illegible] محكمة استئناف [illegible] والجوف

الفهـــــــــــارس الفنية

أولاً: فهرس الآيات القرآنية.

ثانيًا: فهرس الأحاديث والآثار.

ثالثًا: فهرس الأعلام.

الآيـــة	رقم الآية	رقـــم الصفحـــة
(سورة البقرة) (٢)		
﴿ هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا ﴾	٢٩	١٧٨، ٨٠٦
﴿ وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ وَٱرْكَعُوا۟ مَعَ ٱلرَّٰكِعِينَ ﴿٤٣﴾ ﴾	٤٣	٤١، ٤٢، ٨٨، ٨٩، ٩٠، ٩٤
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقُولُوا۟ رَٰعِنَا وَقُولُوا۟ ٱنظُرْنَا وَٱسْمَعُوا۟ وَلِلْكَٰفِرِينَ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٠٤﴾ ﴾	١٠٤	١١٩، ١٢٦، ١٢٧
﴿ وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِۦمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّآ إِنَّكَ أَنتَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ ﴿١٢٧﴾ ﴾	١٢٧	٢٥، ٣٩
﴿ وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُضِيعَ إِيمَٰنَكُمْ ﴾	١٤٣	١٨٦
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُلُوا۟ مِن طَيِّبَٰتِ مَا رَزَقْنَٰكُمْ ﴾	١٧٢	٣١١

الآيــــة	رقم الآية	رقـــم الصفحــــة
﴿فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ﴾	١٧٣	٩٤٣
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلْقِصَاصُ فِى ٱلْقَتْلَى ۖ ٱلْحُرُّ بِٱلْحُرِّ وَٱلْعَبْدُ بِٱلْعَبْدِ وَٱلْأُنثَىٰ بِٱلْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِىَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَىْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ وَأَدَآءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَٰنٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُۥ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴿١٧٨﴾﴾	١٧٨	٢٣٩، ٥٤٥، ١٠٢٩
﴿وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ يَٰٓأُو۟لِى ٱلْأَلْبَٰبِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٧٩﴾﴾	١٧٩	٢٣٩، ٥٤٥، ١٠٢٦، ١٠٢٧
﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾	١٨٥	٩٥، ١٢٠
﴿أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ ٱلصِّيَامِ ٱلرَّفَثُ إِلَىٰ نِسَآئِكُمْ ۚ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ۗ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ كُنتُمْ تَخْتَانُونَ أَنفُسَكُمْ فَتَابَ عَلَيْكُمْ وَعَفَا عَنكُمْ ۖ فَٱلْـَٰٔنَ بَٰشِرُوهُنَّ وَٱبْتَغُوا۟ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ ۚ وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟ حَتَّىٰ يَتَبَيَّنَ لَكُمُ ٱلْخَيْطُ ٱلْأَبْيَضُ مِنَ ٱلْخَيْطِ ٱلْأَسْوَدِ مِنَ ٱلْفَجْرِ ۖ ثُمَّ أَتِمُّوا۟ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ ۚ وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِى ٱلْمَسَٰجِدِ﴾	١٨٧	٤٢٠، ٤٣٥، ٤٥٦
﴿وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾	١٨٨	١٠٥٧

رقم الصفحة	رقم الآية	الآيــــة
٤٥٩	١٩٧	﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَٰتٌ﴾
١٠٥	٢٠٥	﴿وَإِذَا تَوَلَّىٰ سَعَىٰ فِي ٱلْأَرْضِ لِيُفْسِدَ فِيهَا وَيُهْلِكَ ٱلْحَرْثَ وَٱلنَّسْلَ وَٱللَّهُ لَا يُحِبُّ ٱلْفَسَادَ (٢٠٥)﴾
٩٢١	٢١٩	﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾
٩٦٧	٢٢٦	﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾
	٢٢٨	﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾
٩٦١، ٩٦٤، ٩٧١	٢٢٩	﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَٰنٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾
٥١٥	٢٣٠	﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾
١٢٢، ٧٥٧، ٨٦١، ٩١١، ٩١٢	٢٣١	﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ﴾

رقم الصفحة	رقم الآية	الآيـــة
١٢٢	٢٣٣	﴿ ۞ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ﴾
٤٠٦	٢٧٥	﴿ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوٓا۟ إِنَّمَا ٱلْبَيْعُ مِثْلُ ٱلرِّبَوٰا۟ ۗ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا۟ ﴾
٩٨٧	٢٨٢	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُ ۚ ﴾
٩٢٩ ،١٩٠	٢٨٦	﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ ﴾
		(سورة آل عمران) (٣)
٢٢٤	١٩	﴿ إِنَّ ٱلدِّينَ عِندَ ٱللَّهِ ٱلْإِسْلَٰمُ ۗ ﴾
٤١٩	٧٥	﴿ ۞ وَمِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَٰبِ مَنْ إِن تَأْمَنْهُ بِقِنطَارٍ يُؤَدِّهِۦٓ إِلَيْكَ ﴾
١٢٣	٧٧	﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُو۟لَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمْ ﴾
		(سورة النساء) (٤)
٥١٢	٢	﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ ﴾
،٥١٢ ،٥١١ ٩٥٦ ،٩٥٥	٣	﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا۟ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُوا۟ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا۟ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ۚ ﴾

الآيـــــة	رقم الآية	رقـــــم الصفحـــة
﴿ وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا ﴿٤﴾ ﴾	٤	٤٥٦، ٥١٦
﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا ﴿١٠﴾ ﴾	١٠	٤٣٦، ٤٩٠، ٥٤٩
﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۚ ﴾	١١	٥٢٥
﴿ ۞ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ۚ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِينَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ۚ وَلَهُنَّ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ ٱلثُّمُنُ مِمَّا تَرَكْتُم ۚ مِّنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ ۗ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓا۟ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ۚ مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ ۚ وَصِيَّةً مِّنَ ٱللَّهِ ۗ ﴾	١٢	٥٢٦، ٧٥٧، ٨٦١، ٩١١
﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ ﴾	١٩	٦٤٨

الآيــــة	رقم الآية	رقــم الصفحــة
﴿ وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَمَقْتًا وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٢٢﴾ ﴾	٢٢	٥١٣
﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِىٓ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾	٢٣	٣١٩
﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾ ﴾	٢٩	٥٥٠
﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِٱلْعَدْلِ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾ ﴾	٥٨	٣٨٢
﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَطِيعُواْ ٱللَّهَ وَأَطِيعُواْ ٱلرَّسُولَ وَأُوْلِى ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَٰزَعْتُمْ فِى شَىْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى ٱللَّهِ وَٱلرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْأَخِرِ ﴾	٥٩	٤٢٢
﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُواْ فَإِن كَانَ	٩٢	٢٤١

رقم الصفحة	رقم الآية	الآية
		مِن قَوْمٍ عَدُوٍّ لَّكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَإِن كَانَ مِن قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ فَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ تَوْبَةً مِّنَ اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ عَلِيمًا حَكِيمًا (٩٢) ﴾
٤١٣	٩٣	﴿ وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُّتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا ﴾
٤٣٩	١٠١	﴿ وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَن يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا ﴾
١٧٠	١٦٥	﴿ رُّسُلًا مُّبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا (١٦٥) ﴾
٤٦٣	١٧١	﴿ إِنَّمَا اللَّهُ إِلَٰهٌ وَاحِدٌ ﴾
		(سورة المائدة) (٥)
١١٨	١	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ (١) ﴾
١١٧	٣	﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ

الآيــــة	رقم الآية	رقـــم الصفحـــة
عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴿٣٨﴾ ﴾		
﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنفَ بِالْأَنفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَن تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَّهُ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴿٤٥﴾ ﴾	٤٥	٢١٧
﴿ وَمَن لَّمْ يَحْكُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴿٤٧﴾ ﴾	٤٧	١٠٠١
﴿ وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ ﴾	٤٩	١٠٠١
﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴿٩٠﴾ إِنَّمَا يُرِيدُ الشَّيْطَانُ أَن يُوقِعَ بَيْنَكُمُ الْعَدَاوَةَ وَالْبَغْضَاءَ فِي الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ وَيَصُدَّكُمْ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وَعَنِ الصَّلَاةِ فَهَلْ أَنتُم مُّنتَهُونَ ﴾	٩٠ و ٩١	٢٣٣، ٢٣٤
﴿ لَيْسَ عَلَى الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ جُنَاحٌ فِيمَا طَعِمُوا إِذَا مَا اتَّقَوا وَّآمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ ثُمَّ اتَّقَوا وَّآمَنُوا ﴾	٩٣	١٨٦
(سورة الأنعام) (٦)		
﴿ مَّا فَرَّطْنَا فِي الْكِتَابِ مِن شَيْءٍ ﴾	٣٨	٤٢٢

الآيـــة	رقم الآية	رقـــم الصفحـــة
﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدْوًا بِغَيْرِ عِلْمٍ ﴾	١٠٨	١١٩
﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾	١١٩	٥٥٦
﴿ قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا ﴾	١٤٥	٤٤١
﴿ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ﴾	١٥١	٢٣٨
﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾	١٦٤	٦٩٢
(سورة الأعراف) (٧)		
﴿ وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا ﴾	٣١	١٧٥
﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ ﴾	٣٢	١٧٥
﴿ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا وَادْعُوهُ خَوْفًا وَطَمَعًا إِنَّ رَحْمَتَ اللَّهِ قَرِيبٌ مِّنَ الْمُحْسِنِينَ (٥٦) ﴾	٥٦	١٠٥
﴿ وَلَا تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا ذَٰلِكُمْ خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ (٨٥) ﴾	٨٥	١٠٥

الآيــــة	رقم الآية	رقـــم الصفحـــة
﴿ خُذِ ٱلْعَفْوَ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ ٱلْجَٰهِلِينَ ﴿١٩٩﴾ ﴾	١٩٩	١١٨
(سورة التوبة) (٩)		
﴿ وَمَا كَانَ ٱللَّهُ لِيُضِلَّ قَوْمًۢا بَعْدَ إِذْ هَدَىٰهُمْ حَتَّىٰ يُبَيِّنَ لَهُم مَّا يَتَّقُونَ ﴾	١١٥	١٧٨
(سورة يوسف) (١٢)		
﴿ وَسْـَٔلِ ٱلْقَرْيَةَ ﴾	٨٢	٣٩٧
(سورة إبراهيم) (١٤)		
﴿ وَمَآ أَرْسَلْنَا مِن رَّسُولٍ إِلَّا بِلِسَانِ قَوْمِهِۦ لِيُبَيِّنَ لَهُمْ ۖ فَيُضِلُّ ٱللَّهُ مَن يَشَآءُ وَيَهْدِى مَن يَشَآءُ ۚ وَهُوَ ٱلْعَزِيزُ ٱلْحَكِيمُ ﴿٤﴾ ﴾	٤	٥٧٠
(سورة النحل) (١٦)		
﴿ وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا۟ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا ﴾	١٤	٤٣٤
﴿ فَأَتَى ٱللَّهُ بُنْيَٰنَهُم مِّنَ ٱلْقَوَاعِدِ ﴾	٢٦	٢٦
﴿ ۞ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ ﴾	٩٠	٣٨٢

رقم الصفحة	رقم الآية	الآيـــة
١٠٥٢، ١٠٥٣	١٠٦	﴿ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿١٠٦﴾ ﴾
		(سورة الإسراء) (١٧)
١٦٧	١٥	﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ۗ وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾
٤١٠، ٤٩٠	٢٣	﴿ ۞ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوٓا۟ إِلَّآ إِيَّاهُ وَبِٱلْوَٰلِدَيْنِ إِحْسَٰنًا ۚ إِمَّا يَبْلُغَنَّ عِندَكَ ٱلْكِبَرَ أَحَدُهُمَآ أَوْ كِلَاهُمَا فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ وَلَا تَنْهَرْهُمَا وَقُل لَّهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا ﴿٢٣﴾ ﴾
٨٩، ٩٤	٣٢	﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾ ﴾
٢٣٠	٣٣	﴿ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّى ٱلْقَتْلِ ۖ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴿٣٣﴾ ﴾
		(سورة طه) (٢٠)
١٧٨	٥٠	﴿ أَعْطَىٰ كُلَّ شَىْءٍ خَلْقَهُۥ ثُمَّ هَدَىٰ ﴿٥٠﴾ ﴾
		(سورة الحج) (٢٢)
٥٤٩	٣٠	﴿ فَٱجْتَنِبُوا۟ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ وَٱجْتَنِبُوا۟ قَوْلَ ٱلزُّورِ ﴿٣٠﴾ ﴾

الآيــــة	رقم الآية	رقـــم الصفحـــة
﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾	٧٨	٩٥
(سورة المؤمنون) (٢٣)		
﴿ يَا أَيُّهَا الرُّسُلُ كُلُوا مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَاعْمَلُوا صَالِحًا إِنِّي بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ (٥١) ﴾	٥١	٣١١
(سورة النور) (٢٤)		
﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾	٢	٢١٧
﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ (٤) ﴾	٤	٢٢١
﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٦) وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (٧) وَيَدْرَأُ عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (٨) وَالْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ (٩) ﴾	٦ و٧ و٨ و٩	٣٧٧
﴿ وَلَا تُكْرِهُوا فَتَيَاتِكُمْ عَلَى الْبِغَاءِ إِنْ أَرَدْنَ تَحَصُّنًا ﴾	٣٣	٤٣٣
(سورة الفرقان) (٢٥)		
﴿ وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا	٦٨	٢١٦

الآيــــة	رقم الآية	رقــــم الصفحــــة
بِالْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ يَلْقَ أَثَامًا (٦٨) يُضَاعَفْ لَهُ الْعَذَابُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَيَخْلُدْ فِيهِ مُهَانًا (٦٩) ﴾	و ٦٩	
﴿ وَالَّذِينَ لَا يَشْهَدُونَ الزُّورَ ﴾	٧٢	٥٤٩
(سورة الشعراء) (٢٦)		
﴿ فَأْتِيَا فِرْعَوْنَ ﴾	١٦	٣٩٥
﴿ قَالَ أَلَمْ نُرَبِّكَ فِينَا وَلِيدًا ﴾	١٨	٣٩٦
﴿ فَأَوْحَيْنَا إِلَىٰ مُوسَىٰ أَنِ اضْرِب بِّعَصَاكَ الْبَحْرَ ۖ فَانفَلَقَ ﴾	٦٣	٣٩٥
(سورة النمل) (٢٧)		
﴿أَتَأْتُونَ الْفَاحِشَةَ وَأَنتُمْ تُبْصِرُونَ (٥٤) ﴾	٥٤	٢٢١
(سورة الروم) (٣٠)		
﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ﴾	٢١	٦٥١
(سورة لقمان) (٣١)		
﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾	١٤	٥٢٤

الآيــــة	رقم الآية	رقـــم الصفحـــة
﴿وَأْمُرْ بِالْمَعْرُوفِ﴾	١٧	٦٦٤
(سورة فاطر) (٣٥)		
﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ أَنتُمُ الْفُقَرَاءُ إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ هُوَ الْغَنِيُّ الْحَمِيدُ (١٥)﴾	١٥	٨٢٢
﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾	١٨	٦٩٢
﴿إِنَّمَا يَخْشَى اللَّهَ مِنْ عِبَادِهِ الْعُلَمَاءُ﴾	٢٨	٤٦٣
(سورة الصافات) (٣٧)		
﴿لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ﴾	٣٥	٤٦٤
(سورة الجاثية) (٤٥)		
﴿وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَاوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ﴾	١٣	١٧٥
(سورة الأحقاف) (٤٦)		
﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنسَانَ بِوَالِدَيْهِ إِحْسَانًا حَمَلَتْهُ أُمُّهُ كُرْهًا وَوَضَعَتْهُ كُرْهًا وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾	١٥	٥٢٣
(سورة محمد) (٤٧)		

رقم الصفحة	رقم الآية	الآيـــة
٤١٧	٣٠	﴿وَلَتَعْرِفَنَّهُمْ فِي لَحْنِ الْقَوْلِ﴾
		(سورة الحجرات) (٤٩)
٢٢٥	٩	﴿وَإِن طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا فَإِن بَغَتْ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّى تَفِيءَ إِلَى أَمْرِ اللَّهِ فَإِن فَاءَتْ فَأَصْلِحُوا بَيْنَهُمَا بِالْعَدْلِ وَأَقْسِطُوا إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ (٩)﴾
		(سورة الذاريات) (٥١)
٨٢٢	٥٦	﴿وَمَا خَلَقْتُ الْجِنَّ وَالْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ (٥٦)﴾
		(سورة النجم) (٥٣)
٧٣٩	٢٣	﴿إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَمَا تَهْوَى الْأَنفُسُ وَلَقَدْ جَاءَهُم مِّن رَّبِّهِمُ الْهُدَى﴾
٧٣٩	٢٨	﴿وَمَا لَهُم بِهِ مِنْ عِلْمٍ إِن يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾
		(سورة الحديد) (٥٧)
٣٤٥	٢٥	﴿لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾
		(سورة الحشر) (٥٩)
٤٣٥	٦	﴿وَاللَّهُ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ (٦)﴾

رقم الصفحة	رقم الآية	الآية
٤٠٧	٧	﴿ مَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَىٰ رَسُولِهِۦ ﴾
٤٠٧	٨	﴿ لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ ﴾
		(سورة الممتحنة) (٦٠)
٧٣٨	١٠	﴿ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَٰتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى ٱلْكُفَّارِ ﴾
		(سورة الجمعة) (٦٢)
٤٥٩	٩	﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا۟ إِذَا نُودِىَ لِلصَّلَوٰةِ مِن يَوْمِ ٱلْجُمُعَةِ فَٱسْعَوْا۟ إِلَىٰ ذِكْرِ ٱللَّهِ ﴾
١٥٩	١٠	﴿ فَإِذَا قُضِيَتِ ٱلصَّلَوٰةُ فَٱنتَشِرُوا۟ فِى ٱلْأَرْضِ ﴾
		(سورة التغابن) (٦٤)
٩٢٠	١٦	﴿ فَٱتَّقُوا۟ ٱللَّهَ مَا ٱسْتَطَعْتُمْ ﴾
		(سورة الطلاق) (٦٥)
٥٢٠	٢	﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾
١٢٢	٦	﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ۚ ﴾

رقم الصفحة	رقم الآية	الآيـــة
٣٣٠	٧	﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ﴾
		(سورة الانفطار) (٨٢)
٤٠١	١٣ و١٤	﴿ إِنَّ الْأَبْرَارَ لَفِي نَعِيمٍ (١٣) وَإِنَّ الْفُجَّارَ لَفِي جَحِيمٍ (١٤) ﴾
		(سورة البينة) (٩٨)
٨٣٣	٥	﴿ وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ ﴾
		(سورة الزلزلة) (٩٩)
١١٩	٧ و٨	﴿ فَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْرًا يَرَهُۥ (٧) وَمَن يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُۥ (٨) ﴾

ثانيًا: فهـــرس الأحـــاديث والآثـــار

طرف الحـــديـــث	الصفحة
أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَضَى أَنْ لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ	١٢١
أن رسول الله ﷺ "قَضَى بِالْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْه	١٢٣
أن رسول الله ﷺ ضَرَبَ فِي الْخَمْرِ بنعلَيْنِ أَرْبَعِينَ	٢٣٥
أَنَّ نَاسًا مِنْ عُرَيْنَةَ	٢٣٠
إِنَّ هَذِهِ فَرَائِضُ الصَّدَقَةِ الَّتِي فَرَضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى الْمُسْلِمِينَ	٤٥١
أَنْتَ وَمَالُكَ لأَبِيكَ	١٠٧١
إِنَّمَا الأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى	١٢٥
إِنَّهُ سَتَكُونُ هَنَاتٌ وَهَنَاتٌ، فَمَنْ أَرَادَ أَنْ يُفَرِّقَ أَمْرَ هَذِهِ الأُمَّةِ وَهِيَ جَمِيعٌ، فَاضْرِبُوهُ بِالسَّيْفِ كَائِنًا مَنْ كَانَ	٢٢٧
أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّ اللَّهَ طَيِّبٌ لا يَقْبَلُ إِلاَّ طَيِّبًا، وَإِنَّ اللَّهَ أَمَرَ الْمُؤْمِنِينَ بِمَا أَمَرَ بِهِ الْمُرْسَلِينَ	٣١١، ٣١٢
بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ، هَذِهِ فَرِيضَةُ الصَّدَقَةِ الَّتِي فَرَضَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَلَى الْمُسْلِمِينَ	٤٥١
بُنِيَ الإِسْلاَمُ عَلَى خَمْسٍ	٢٦، ٢٧
بُنِيَ الإِسْلاَمُ عَلَى خَمْسَةٍ: عَلَى أَنْ يُوَحَّدَ اللَّهُ، وَإِقَامِ الصَّلاَةِ،	٢٧

الصفحة	طرف الحـــــديـــث
٤٠١	لاَ يَحْكُمْ أَحَدٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ
٢١٧	لاَ يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أَنْ لاَ إِلَهَ إِلاَّ اللَّهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ إِلاَّ بِإِحْدَى ثَلاثٍ
٤٣٤	لاَ يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ فَوْقَ ثَلاثِ لَيَالٍ، يَلْتَقِيَانِ، فَيُعْرِضُ هَذَا وَيُعْرِضُ هَذَا، وَخَيْرُهُمَا الَّذِي يَبْدَأُ بِالسَّلاَمِ
٣٧٣	لاَ يَخْلُوَنَّ رَجُلٌ بِامْرَأَةٍ، وَلاَ تُسَافِرَنَّ امْرَأَةٌ إِلاَّ وَمَعَهَا مَحْرَمٌ
٢٩٦	لا يُقَادُ الْوَالِدُ بِالْوَلَدِ
٢٩٧	لاَ يُقَادُ لِوَلَدٍ مِنْ وَالِدِهِ
٢٩٧	لا يُقَادُ وَلَدٌ مِنْ وَالِدِهِ، وَلا تُقَامُ الْحُدُودُ فِي الْمَسَاجِدِ
٢٩٧	لاَ يُقْتَلُ الْوَالِدُ بِالْوَلَدِ
٢٩٧	لا يُقْتَلُ بِالْوَلَدِ الْوَالِدُ
٢٩٧	لاَ يُقْتَلُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ
٤٠١	لاَ يَقْضِيَنَّ حَكَمٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَهُوَ غَضْبَانُ
٢١٨	لأَقْضِيَنَّ بَيْنَكُمَا بِكِتَابِ اللَّهِ
٢٣٥	لَعَنَ اللَّهُ الْخَمْرَ، وَشَارِبَهَا، وَسَاقِيَهَا، وَبَائِعَهَا، وَمُبْتَاعَهَا، وَعَاصِرَهَا، وَمُعْتَصِرَهَا، وَحَامِلَهَا، وَالْمَحْمُولَةَ إِلَيْهِ

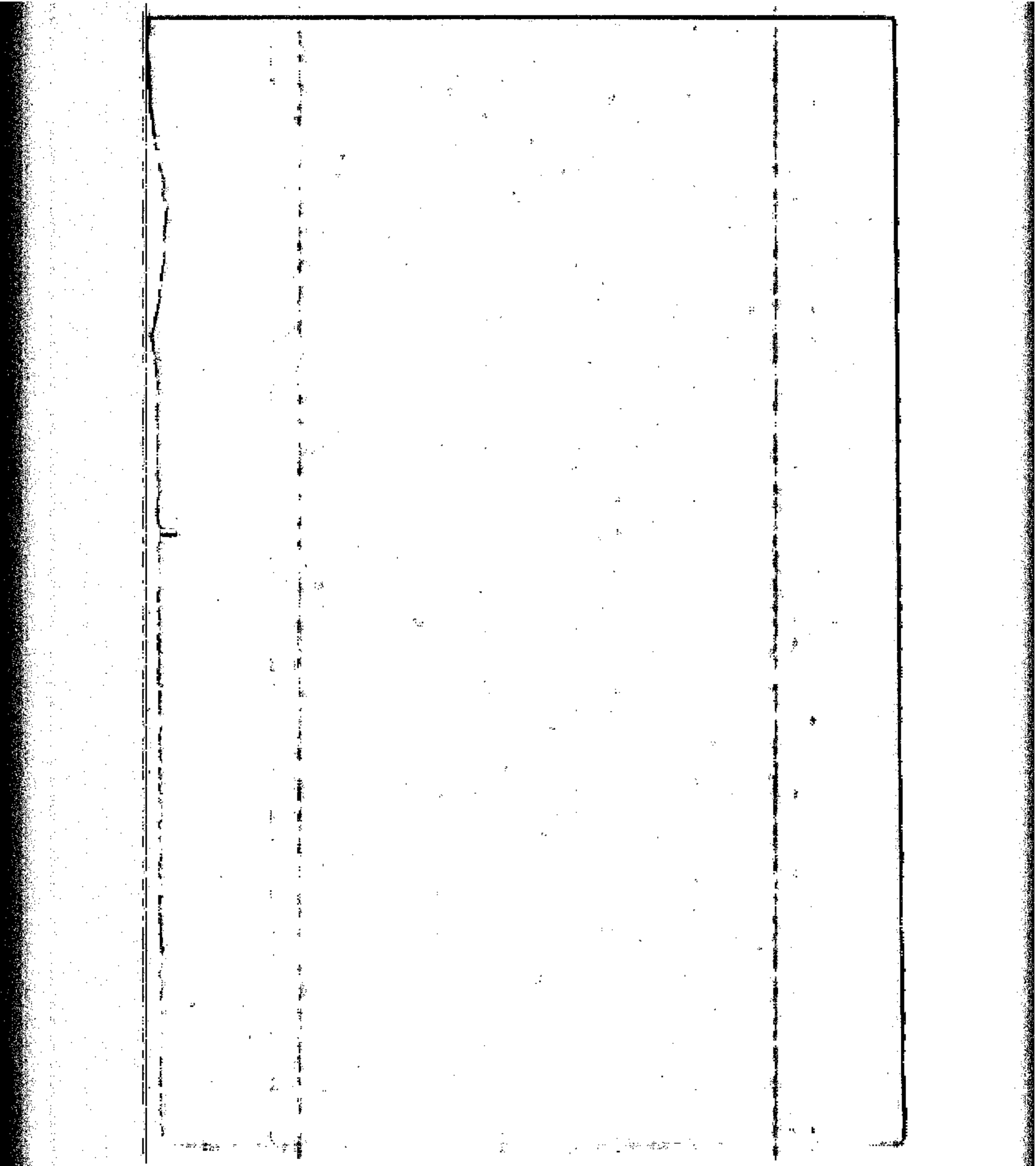
الصفحة	طرف الحـــديـــث
١٢٣	لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لاَدَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ، وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ
١٢٣	لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَذَهَبَ دِمَاءُ قَوْمٍ وَأَمْوَالُهُمْ...
٤٣٨	لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عِرْضَهُ وَعُقُوبَتَهُ
٤٣٨	لَيُّ الْوَاجِدِ يُحِلُّ عُقُوبَتَهُ وَعِرْضَهُ
٢٣٥	مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ
١١٣٥	مَا حَمَلَكَ عَلَى الَّذِي صَنَعْتَ؟
٤٣٣	مَثْنَى مَثْنَى، فَإِذَا خِفْتَ الصُّبْحَ فَأَوْتِرْ بِوَاحِدَةٍ
١١١٣، ١١١٤	الْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ
١١٠٨	مَنْ أَحْيَى أَرْضًا مَيِّتَةً فَهِيَ لَهُ، وَلَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ
٢٢٤	مَنْ بَدَّلَ دِينَهُ فَاقْتُلُوهُ
٢٧٢، ٢٧٣	نَهَى النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَبِيعَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَيْعِ بَعْضٍ، وَلاَ يَخْطُبَ الرَّجُلُ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ حَتَّى يَتْرُكَ الْخَاطِبُ قَبْلَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهُ الْخَاطِبُ
٢٤٠	وَأَنَّ فِي النَّفْسِ الدِّيَةَ مِائَةً مِنَ الإِبِلِ

طرف الحديث	الصفحة
وَفِي سَائِمَةِ الْغَنَمِ إِذَا كَانَتْ أَرْبَعِينَ فَفِيهَا شَاةٌ إِلَى عِشْرِينَ وَمِائَةٍ، فَإِذَا زَادَتْ عَلَى عِشْرِينَ وَمِائَةٍ	٤٥١
وَفِي صَدَقَةِ الْغَنَمِ فِي سَائِمَتِهَا إِذَا كَانَتْ أَرْبَعِينَ إِلَى عِشْرِينَ وَمِائَةٍ شَاةٌ..	٤٥١
وَمَنْ بَايَعَ إِمَامًا فَأَعْطَاهُ صَفْقَةَ يَدِهِ، وَثَمَرَةَ قَلْبِهِ، فَلْيُطِعْهُ إِنْ اسْتَطَاعَ، فَإِنْ جَاءَ آخَرُ يُنَازِعُهُ فَاضْرِبُوا عُنُقَ الآخَرِ	٢٢٦
يَا مَعْشَرَ النِّسَاءِ تَصَدَّقْنَ؛ فَإِنِّي أُرِيتُكُنَّ أَكْثَرَ أَهْلِ النَّارِ	٤١٢
يَسِّرَا وَلاَ تُعَسِّرَا، وَبَشِّرَا وَلاَ تُنَفِّرَا، وَتَطَاوَعَا وَلاَ تَخْتَلِفَا	٩٢٧
يَسِّرُوا وَلاَ تُعَسِّرُوا، وَبَشِّرُوا وَلاَ تُنَفِّرُوا	٩٢٧
الْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ	١٢٣

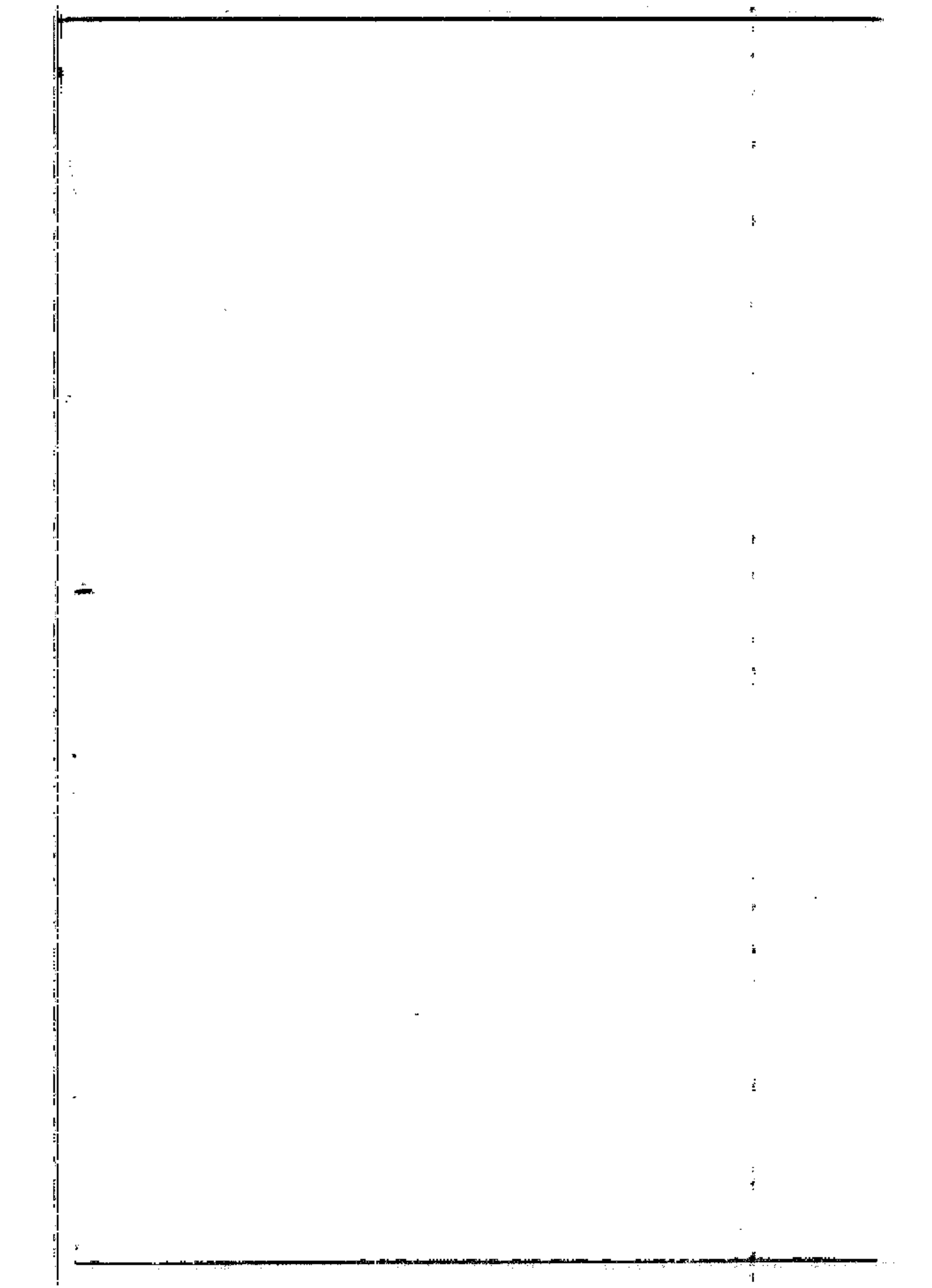
ثالثًا: فهـــــرس الأعـــــلام[1]

(١) تم فهرسة الأعلام المترجم لها حسب الاسم الأول للعلم

اسم العلم	رقم الصفحة
زيد بن خالد الجُهني	٢١٨
زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم الحنفي	٣٤، ٣٥
شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم الكندي	١١١٤
عبد الرّحيم بن الحسن بن علي بن عمر الإسنوي	١٦٨، ١٦٩
عبد الوهاب بن تقي الدّين علي بن عبد الكافي السبكي (تاج الدّين)	٣٣، ٣٤، ٣٥، ٣٦، ٣٧، ٤٠
عبدالله بن محمد بن قدامة (أبو محمد)	٢١٦
عليّ بن أبي علي بن محمد الآمدي (سيف الدّين)	٥٧، ٥٨
علي بن محمد بن حبيب الماوردي (أبو الحسن)	٢١٩
عليّ بن محمد بن عبدالله بن الحسن الجرجاني	٢٩، ٣٠
محمد علي بن حُسين بن إبراهيم المالكي المكّي	٣٢
محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي	١١٨
محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي (ابن النجّار)	٣٣، ٣٤، ٣٥، ٣٦، ٣٧
محمد بن أحمد بن محمد بن إبراهيم المحلّي	٣٠
محمد بن سيرين أبو بكر الأنصاري	١١١٥



الملخص باللغة العربية



تناول الباحث في هذه الرسالة إيضاح المصطلحات المتعلّقة بموضوع البحث، فعرف القاعدة بالاصطلاح العام، والقاعدة الأصولية، والقاعدة الفقهية في الشريعة الإسلامية، وفي القانون اليمني، وأقسام القواعد في الشريعة الإسلامية وفي القانون اليمني، وبيَّن أنها تنقسم إلى قواعد أصولية، وقواعد فقهية، وقواعد لغوية، وقواعد مقاصدية، وبين أيضًا أن القواعد قد تكون ذات شمول عام للفروع كالقواعد الخمس الكبرى، وقد تكون أقل شمولاً للفروع كالقواعد الكلية، وقد تكون ذات مجال ضيق للفروع كالقواعد الجزئية بناحية من نواحي الفقه، كما أن هناك قواعد أصولية وأخرى فرعية، كما عرض البحث لأوجه التشابه والاختلاف بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية، وبين القواعد وبين كل من المقاصد والضوابط والنظريات، وبيّن الباحث علاقة القواعد بالنظريات، وتناول الباحث أسس القواعد في الشريعة والقانون اليمني، وبين أن تلك الأسس هي القرآن والسنة والإجماع والاجتهاد، وبيّن أن القواعد في الشريعة الإسلامية تمثل أسسًا لفهم الأحكام، وتساعد في تنمية الملكات الفقهية في استنباط الحلول للوقائع المتجددة وتضبط التفكير الفقهي ولا يستغني القاضي عن الرجوع إليها، وأنها تسهل تطبيق القانون، وهذا بفضل مميزات القواعد التي بينها البحث وهي إيجاز الصياغة وشمول المعنى ويسر الاستيعاب والحفظ وضبطها للفروع وكثرتها وتنوعها، كما تناول البحث أيضًا القواعد بالدراسة والشرح والتحليل والتدليل والتطبيق واستخلاص أوجه الإفادة منها في القوانين موضوع الدراسة، فتناول دراسة بعض القواعد الأصولية المتعلّقة بالحكم الشرعي، وذكر فيها قاعدة لا حكم الأشياء قبل ورود الشرع، وقاعدة اجتماع الحظر والإباحة، وقواعد حكم وسيلة الواجب، فبين معنى كل قاعدة من هذه القواعد عند العلماء وآراؤهم فيها وأدلتهم، ومناقشتها، وترجيح ما اقتضى الدليل رجحانه، مع ذكر بعض القواعد المتعلّقة بكل قاعدة، ثم تناول الباحث موقف القانون اليمني من هذه القواعد وخلص البحث إلى أخذ

القانون اليمني بهذه القواعد، وذكر البحث أمثلة تطبيقية للإفادة من تلك القواعد في القوانين موضوع الدراسة وأوجه الإفادة المستخلصة منها، كما أن من القواعد التي تناولها البحث وعرض لها تفصيلاً قواعد طرق دلالات الألفاظ على الأحكام بمنطوقاتها ومفهوماتها، وبيّن الباحث أنّ فقهاء القانون ومنهم فقهاء القانوني اليمني أفادوا من هذه القواعد التي وضعها علماء الأصول في تفسير القوانين، وذكر البحث النصوص الدالة على الأخذ بقواعد الدلالات اللغوية في القانون اليمني، وأمثلة تطبيقية للإفادة من هذه القواعد في الأحوال الشخصيَّة والجرائم والعقوبات في الشريعة الإسلامية والقانون اليمني، كما تناول البحث إمكانية الإفادة من هذه القواعد في التشريع والقضاء، أما بالنسبة للقواعد الأصولية الكاشفة عن الحكم عن طريق الاجتهاد، فقد عرض البحث في هذا الصدد لقواعد الاجتهاد بالعرف، وقواعد الاجتهاد بالاستصحاب، وتناول كل تلك القواعد بالعرض والشرح والتدليل والتحليل مع بيان أن القانون اليمني قد أخذ بهذه القواعد، ثم ذكر البحث أمثلة تطبيقية تؤكد إمكانية الإفادة من تلك القواعد في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات، وبيّن بعد ذلك أوجه تلك الإفادة، أما فيما يتعلق بالقواعد المقاصديَّة فقد تناول البحث قواعد في مقاصد المكلّفين وأخرى في المقاصد التشريعيَّة من الأحكام، وتناول كل ذلك بالعرض والشرح والتدليل والتحليل مع بيان أخذ القانون اليمني بهذه القواعد، ثم ذكر أمثلة تطبيقية تدلل على إمكانية الإفادة من تلك القواعد في قوانين الأحوال الشخصيَّة والإجراءات الجزائيَّة والجرائم والعقوبات، وبين بعد ذلك أوجه تلك الإفادة، وتناول الباحث في نهاية الدراسة تطبيقات للقواعد الأصولية والفقهية في بعض الأحكام القضائية اليمنية وبين البحث من خلال تلك الأحكام أنّ المحاكم أفادت من تلك القواعد في بعض الأحكام، وأهملتها في البعض الآخر، وعالج البحث هذا الإهمال بالإشارة إلى بعض القواعد التي تسد هذا الفراغ، ثم جاءت خاتمة هذه الدراسة لتشتمل على النتائج والتوصيات التي تمخضت عن هذه الدراسة.

whereas guidelines are more specific. The researcher differentiated between rules and objectives or (aims); he introduced objectives in their broad sense, academic and customary meanings in order to clear the difference between rules and objectives. The researcher concluded that they have the same contents and goals. There are rules that express objectives in an integrated way to manifest the legitimacy of regulations.

On the other hand, they differ in area and effect; the area of rules is legal provisions and the area of aims is explanation of these provisions. Moreover, rules represent the basis on which sub-legal provisions are extracted and aims are meant to bring out purposes envisaged in the conclusion. The researcher shed light on the relation between rules and theories. He concluded that they both have objective details, but the elements of theories are pillars and stipulations, whereas the elements of rules are accommodating the whole meaning of partial branches and formulating it in rules. Rules also have juristic provisions that are applied to all branches.

The researcher made it clear that rules in Islamic law and the Yemeni law are based on four sources, which are the Holy Qur'an, Sunnah (the prophet practice), consensus and independent judgment or (discretion). Rules are fully explained and analyzed to manifest interpretation of the sources, principles, methodology, paradigms and the theoretical infrastructure of the Islamic jurisprudence and their application in the modern times. Fundamental rules such as "No rule considered before Islamic law", "Prohibition and permission" and others were dealt with in full details (their inference, ways of application, scholars' opinions and discussions ...etc).

Finally, the researcher discussed the application of fundamental and juristic rules in some judicial rulings in Yemen and explained how Yemeni courts have benefited from these rules in some provisions and neglected them in others. The research tackled this negligence by reference to some rules that can fill this gap and provided a summary of results and recommendations.

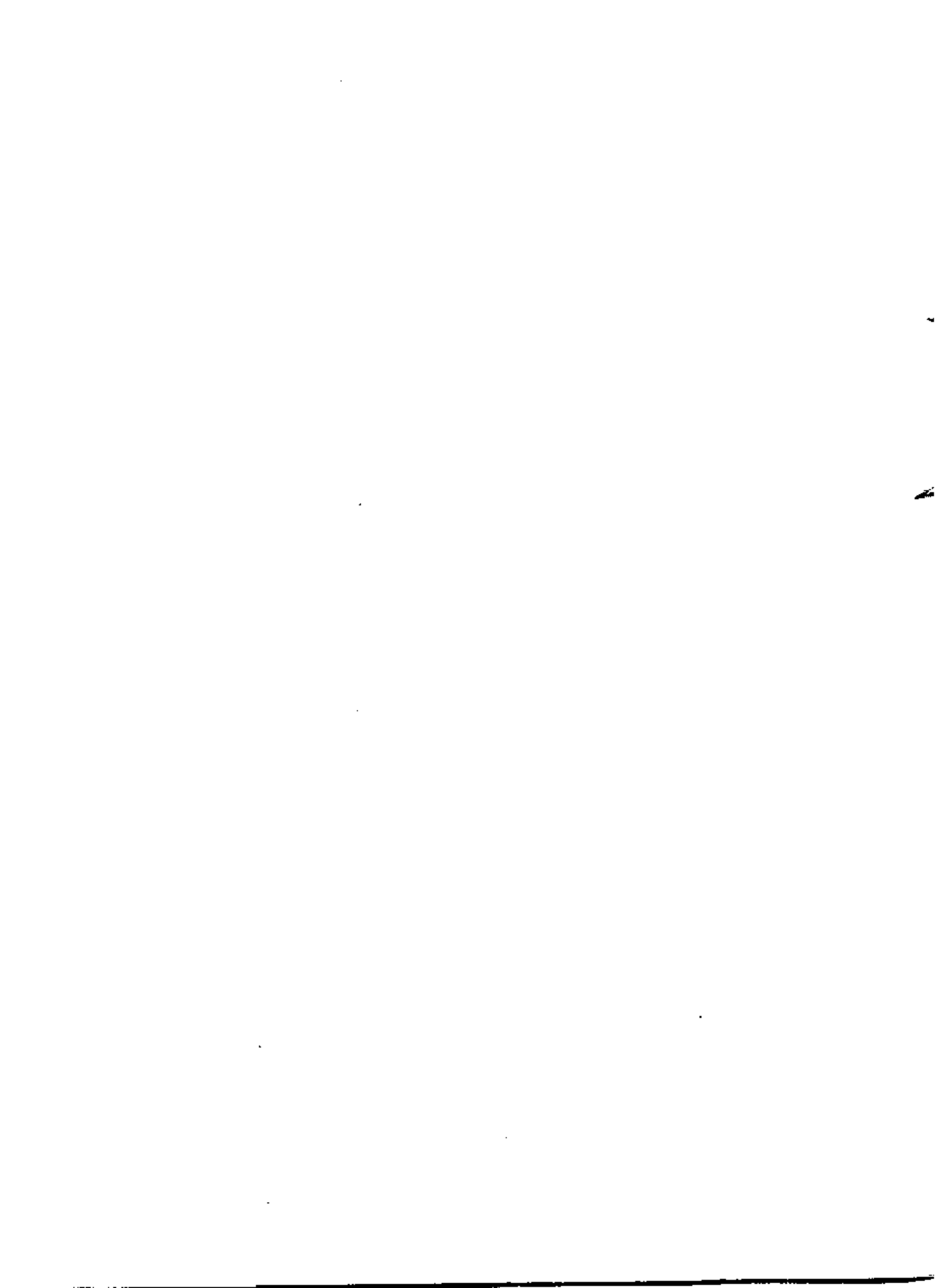
Summary in English

The researcher of this thesis clarified terms used in the subject of the research; he defined "rule" in general terms as a general doctrine that is applied to most of its elements. He defined the fundamental rule as a basis on which knowledge of sub-legal provisions can be attained. Juristic rules are defined in simple terms as the general rules under which fall most of law branches in different topics; with special emphasis on the Yemeni Law. In general, law means a group of rules that organize social relations and by which the state compels people to adhere to them; even by force, if necessary. Personal status law is defined as a group of rules that determine the relationship between a person and his family members from birth to death. The penal procedure law is defined as formal rules that manifest procedures of crimes investigation and criminal trials, and the way by which ordered sanctions are executed. Penal code is defined as objective rules that determine crimes and their sanctions. Both of the criminal procedure code and the Penal code form the criminal law. The researcher discussed the rules' divisions in Islamic law and the Yemeni law. They are divided into fundamental, juristic, linguistic and objective rules. The researcher manifested that rules may be general and comprehensive – include all branches – as the five major rules; and may be less comprehensive as the general rules; they may also be applied to one domain as in the case of partial rules. There are also fundamental and partial rules.

The research discussed also similarities and differences between fundamental and juristic rules, and concluded that both kinds represent the base of jurisprudence and have common rules but differentiate in some aspects. The most important difference between the two types is that the theme of the fundamental rules is evidence and legal provisions, whereas the theme of juristic rules is the legally competent acts and their rewards in Islamic law. The researcher also differentiated between rules and guidelines and concluded that they both considered among rulings but differentiate in level, rank and subject. Rules are more general

الملخص باللغة الإنجليزية

Summary in English





Fayoum University
Faculty of Dar Alo'lum
Islamic law Dept.

BENEFITING FROM FUNDAMENTAL AND JURISTIC RULES IN PERSONAL STATUS LAW, CRIMINAL PROCEDURE LAW, AND PENAL CODE IN YEMEN

(A Comparative study of Islamic Jurisprudence)

Thesis

Submitted for partial fulfillment of Doctorate Degree
In Islamic Law

By

Hammoud Mohamed Muttahar Al-Ezany
Assistant lecturer in Dhamar University in Yemen

Under Supervision of

Prof. Dr. Abdullah Abul-So'ud Badr
Professor of Islamic law
Ex-Dean of Faculty of Arts

Dr. Wagih Abdel Qader Al-shimy
Assistant Professor of Islamic Law
Faculty of Dar Alo'lum

Faculty of Dar Alo'lum
Fayoum University
1430 – 2009